Das Begebungskonsortium.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hugo Fürth,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Correferent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis.

Geschichtliche Werke und Abhandlungen.

Goldschmidt: Universalgeschichte des Handelsrechts, Erste Lieferung, 1891.

— Lex Rhodia und Agermanament; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 35 S. 37 fg.

Lastig: Die Accomendatio und Benachbarte Rechtsinstitute, Halle a. S., 1907.

— Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 24 S. 387 fg.

— In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32 S. 230 fg.

Lehmann, Karl: Altnordische und hanseatische Handelsgesellschaften; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 62 S. 289 fg.

Lübbert: Die rechtliche Natur der Stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwickelung, Inaug.-Diss., Breslau, 1906.

Pappenheim: Altnordische Handelsgesellschaften; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 36 S. 85 fg.

Rehme: Die Lübecker Handelsgesellschaften in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 42 S. 367 fg.

Silberschmidt: Die Commenda in ihrer frühesten Entwickelung bis zum 13. Jahrhundert, Würzburg, 1884.

— Kumpanie und Sendeve; im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 23 S. 1 fg.

Lehrbücher und Handbücher.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens Bd. 2 Abt. 2 Aufl. 3, Halle a. S., 1906.

Endemann: Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 1, Leipzig, 1881.

Gareis: Das Deutsche Handelsrecht Aufl. 8, Berlin, 1909.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 Aufl. 2, Stuttgart, 1875.
Grunzel: System der Handelspolitik Aufl. 2, Leipzig, 1906.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 Teil 1, Berlin, 1906.
Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig, 1908.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 Aufl. 9, Frankfurt a. M., 1906.

Kommentare.

Frankenburger: Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Aufl. 2, 1902.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 1, Berlin, 1902.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse Aufl. 2, Berlin, 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2 Aufl. 3, Berlin, 1907.
Ring: Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, 1886.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch Aufl. 8 Bd. 1, Berlin, 1906, Bd. 2, Berlin, 1907.

Spezialabhandlungen.

Gierke, Otto: Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht; im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 19 S. 114 fg.
Grzimek: Die Rechtsgrundsätze der Begebungskonsortien, Inaug.-Diss., Breslau, 1910.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft, Jena, 1901.
Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren, Leipzig, 1857.
Laskau: Die Emission von Aktien in ihrer rechtlichen Bedeutung, Inaug.-Diss., Greifswald, 1905.
Lotz: Die Technik des deutschen Emissionsgeschäfts, Leipzig, 1890.
Meyer: Zur Stempelpflicht der Konsortialgeschäfte; in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1909, S. 72 fg., S. 126 fg.
Renaud-Laband: Das Recht der Stillen Gesellschaften usw., Heidelberg, 1885.
Sydow: Ueber Consortien oder sogenannte Syndicate zur Actienbegebung; in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19 S. 427 fg.
Thiwissen: Das Emissionsgeschäft, Inaug.-Diss., Erlangen, 1900.
Wolff-Birkenbihl: Die Praxis der Finanzierung Aufl. 2, Berlin, 1908.
v. Ziegler: Zur Frage nach der Rechtsnatur der Emissionskonsortien; in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1907, S. 25 fg.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und Sammelwerke.

Badische Rechtspraxis.
Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchot: Beiträge.
Juristische Wochenschrift.
Neumann: Jahrbuch des deutschen Rechtes.
Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.

Materialien.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 2, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888.
Hahn und Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0171

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Uebersicht.

Seite

1. Begriff, Durchführung und Gegenstand der Begebung 13
2. Insbesondere die Begebung von Aktien in der Form der Unterbringung von Primitivzeichnungen 14
3. Das Begebungskonsortium und sein Verhältnis zum Gründerkonsortium 15

I. Teil.

Die rechtliche Konstruktion des Begebungskonsortiums

1. als Gesellschaft 16
   a) Ablehnung der Konstruktionen des Konsortialvertrages als Kombination von Auftrag und Kauf 17
   b) Begründung der Konstruktion des Begebungskonsortiums als Gesellschaft 18
2. für das alte Recht: als Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung im Sinne der Art. 266 fg. ADHGB. 19
   a) Begründung der Anwendbarkeit der Art. 266 fg. ADHGB. auf das Begebungskonsortium 19
   b) Die sich hieraus für die rechtliche Konstruktion des Begebungskonsortiums ergebenden Folgerungen, insbesondere die Möglichkeit einer Konstruktion nach Art der Stillen Gesellschaft 20
   c) Exkurs: Die geschichtliche Entwickelung der Stillen Gelegenheitsgesellschaft und ihre Behandlung in der Gesetzgebung der romanischen Länder 20
      aa) Die römische societas unius rei 20
      bb) Die italienische Commenda und ihre Entwickelung. Die societas per modum participationis 21
      cc) Die französische association en participation 23
      dd) Die Entwickelung der stillen Gelegenheitsgesellschaft in Deutschland 23
      ee) Die stille Gelegenheitsgesellschaft in der Gesetzgebung der romanischen Länder 26

Seite

3. für das neue Recht: als Gesellschaft im Sinne der §§ 705 fg. BGB. 26
   a) Möglichkeit der Bildung von Innengesellschaften im Rahmen des BGB. 26
   b) Charakter der Innengesellschaften als wirklicher Gesellschaften im Sinne der §§ 705 fg. BGB. 28
   c) Keine Vermutung für den Charakter einer vorliegenden Gesellschaft als Aussen- oder Innengesellschaft 28
   d) Richtlinien für die Ausgestaltung des Begebungskonsortiums als Aussen- oder Innengesellschaft 29
      aa) juristisch-logischer Natur 29
      bb) wirtschaftlicher Natur 32
   e) Vermutung gegen Zwischenbildungen 34

II. Teil.

Die Ausgestaltung des Begebungskonsortiums im einzelnen.

1. Die Innengesellschaft 36
   a) Der Inhalt des Konsortialvertrages 36
      aa) Der Zweck des Konsortialvertrages und die Beitragspflicht der Mitglieder des Konsortiums 36
      bb) Die Begrenzung des Risikos der Konsorten 37
      cc) Der aleatorische Charakter des Konsortialvertrages und die sich hieraus ergebenden Folgerungen 38
      dd) Das Erfordernis der Bestimmtheit bezw. Bestimmbarkeit des Konsortialvertrages und seine Auslegung im Sinne dieses Erfordernisses 39
      ee) Wiederkehrende Vertragsvereinbarungen 40
   b) Die Kontrahenten des Konsortialvertrages 43
      aa) Soviel Konsortien als Konsortialen 43
      bb) Der Einfluss eines gesellschaftlichen Verhältnisses der Konsorten untereinander 43
      cc) Die Rechtsverhältnisse beim Fehlen eines gesellschaftlichen Verhältnisses der Konsorten untereinander . . . 44
   c) Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Konsortiums untereinander 45
   d) Insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die gegenseitigen Verträge (§§ 320 fg.) 45
   e) Die Endigung des Konsortiums 47
      aa) Die Endigungsgründe 47
      bb) Die mit der Endigung entstehenden Verpflichtungen der Mitglieder des Konsortiums 49
      cc) Die Voraussetzungen für eine Prolongation 50
   f) Die Rechtsverhältnisse des Konsortiums nach aussen . . . 51

Seite
2. Die Aussengesellschaft 51
a) Die primäre Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft 51
b) Aus der Natur des Konsortiums sich ergebende Besonderheiten 52
c) Vertragliche Besonderheiten 53
d) Das Konsortium zum Zwecke der Begebung für fremde Rechnung 54
3. Das Unterkonsortium 55
a) Der Charakter des Unterkonsortiums als Innengesellschaft 55
b) Einige Besonderheiten des Unterkonsortiums 56
c) Die Bildung von Unterkonsortien seitens der Unterkonsorten 58

Schluss.

Die Stempelpflicht 58
1. Die Verstempelung der Konsortialverträge 58
2. Die Verstempelung der Verteilung der Restbestände 58

Einleitung.

Uebersicht.

1. Begriff, Durchführung und Gegenstand der Begebung.

Unter Begebung oder Emission versteht man im streng juristischen Sinne die Ausgabe eines Wertpapieres seitens des Ausstellers an den ersten Nehmer (Kuntze S. 373). Im finanziell technischen Sinne jedoch versteht man darunter die Einführung eines Wertpapieres in den Verkehr. In letzterem Sinne wird das Wort hier gebraucht werden.

Die Emission geschieht in der Weise, dass zunächst durch das Emissionshaus bezw. -konsortium die Zulassung zum Börsenhandel erwirkt wird, darauf entweder „die Papiere sukzessive auf der Börse zum freihändigen Verkauf gebracht" oder „ausserhalb der Börse auf einmal zur öffentlichen Subskription aufgelegt werden" (Grunzel S. 147). Im letzteren Falle ergeht an das Publikum eine öffentliche, meist mit einem Prospekt verbundene Aufforderung zur Zeichnung.

Als Gegenstand der Emission kommen in Betracht ausländische Staats- und Eisenbahnobligationen, inländische Staats- und Kommunalanleihen, die neuen Anleihen bei einer Konvertierung, Pfandbriefe und Dividendenpapiere, sei es einer neugegründeten, sei es einer bestehenden Gesellschaft anlässlich einer Kapitalserhöhung. Im letzten Fall sind natürlich, sofern nicht der Kapitalserhöhungs-

beschluss oder ein früherer Beschluss ein anderes bestimmt, zunächst die Bezugsrechte der Aktionäre zu berücksichtigen, was gewöhnlich, wenn auch nicht ganz korrekt, in der Weise geschieht, dass dem Emissionshaus bezw. -konsortium die Verpflichtung auferlegt wird, die Aktien zunächst den Bezugsberechtigten anzubieten (vgl. Staub Bd. 1 S. 958).

2. Insbesondere die Begebung von Aktien in der Form der Unterbringung von Primitivzeichnungen.

Handelt es sich um eine Sukzessivgründung, so kann die Emission auch in der Form der Unterbringung von Primitivzeichnungen geschehen. Doch ist es selten, dass die Beteiligung des Publikums bereits vor der Eintragung der Gesellschaft gesucht wird. Diese Erscheinung hat folgende Gründe: Einmal haben die „Gründer" (siehe unten) ein Interesse daran, dass sich der erste Aufsichtsrat und im Falle der Sukzessivgründung die konstituierende Generalversammlung aus ihnen selbst, bezw. ihren Genossen zusammensetzt (Sydow S. 429); ferner hat nach der Eintragung der Gesellschaft das Publikum immerhin diejenigen Garantien, welche die „verschärften Normativbedingungen" für die Eintragung bedeuten (vgl. Sydow S. 428); endlich können bei der Beteiligung des Publikums vor der Eintragung der Gesellschaft seit dem Aktiengesetz vom 18. Juli 1884 weder die Gründer, noch das Emissionshaus bezw. -konsortium Agiotage treiben, da selbst bei einer Ueberpariemission das ganze Agio nach § 262 Nr. 2 HGB. in den Reservefonds einzustellen ist; die Gründer müssten sich also mit dem Gewinn aus dem von ihnen übernommenen Teile der Aktien und das Emissionshaus bezw. -konsortium mit einer Provision (Gründerlohn) begnügen (vgl. Ring S. 404, Laskau S. 38). Nur der letzte Gesichtspunkt greift durch, und selbstverständlich nur in Beschränkung auf das Emissionshaus bezw. -konsortium, wenn bei einer Kapitalserhöhung dieses, statt Primitivzeichner zu werben, zumeist den ganzen Aktienbetrag selbst zeichnet.

3. Das Begebungskonsortium und sein Verhältnis zum Gründerkonsortium.

Ein Begebungskonsortium ist, um es zunächst farblos auszudrücken, eine Vereinigung zum Zwecke der Begebung von Wertpapieren für gemeinschaftliche Rechnung. Den Begriff der Vereinigung und entsprechend den des Begebungskonsortiums möchte ich einstweilen so gefasst wissen, dass darunter auch ein Gebilde fällt, bei dem die Einheitlichkeit nicht durchgeführt ist, sondern sich lediglich in einer einheitlichen Spitze äussert. Dass dieser Begriff nicht der juristische sein kann, bedarf keiner Erörterung.

Bei der Emission von Anleihen, Pfandbriefen und jungen Aktien begegnet man nur einem Konsortium, dem Begebungskonsortium, bei der Gründung einer Aktiengesellschaft erscheint, daneben oder allein, noch ein Gründerkonsortium. Das Gründerkonsortium als solches ist die Vereinigung derjenigen, die sich zur Finanzierung eines Unternehmens zusammengeschlossen haben, sei es, dass es sich um eine Neuschöpfung oder die Umwandlung eines bestehenden Unternehmens handelt. Hierbei ist festzuhalten, dass die Gründer in diesem Sinne nicht Gründer im Sinne des HGB. zu sein brauchen, sie können auch Primitivzeichner sein, ja sie können sogar die Aktien erst von den Gründern erworben haben, was z. B. dann der Fall sein wird, wenn es zur Gründung einer besonderen, nur für bestimmte Personen erreichbaren Konzession bedurfte (vgl. Sydow S. 428, Ring S. 400). Gewöhnlich werden sie mit den Personen identisch sein, die den sogenannten Vorgründungsvertrag abgeschlossen haben.

Emittiert das Gründerkonsortium die von ihm übernommenen Aktien selbst, so ist es zugleich Begebungskonsortium (vgl. Grzimek S. 16). Häufig jedoch verfolgt es den Zweck, das Risiko der Begebung von sich abzuwälzen. Zur Erreichung dieses Zweckes stehen ihm zwei Wege offen. Entweder überlässt es die von ihm übernommenen Aktien definitiv einem Dritten (gewöhnlich

einem oder mehreren seiner Mitglieder), der dann zum Zwecke der Begebung im eigenen Interesse Konsortialbeteiligungen suchen kann, bezw. einem bereits bestehenden Begebungskonsortium, oder es beauftragt einen Dritten (gewöhnlich einen oder mehrere seiner Mitglieder), zum Zwecke der Begebung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Gründerkonsortiums Konsortialbeteiligungen zu suchen. In beiden Fällen steht das Begebungskonsortium dem Gründerkonsortium selbständig gegenüber und ist von letzterem streng auseinanderzuhalten, selbst wenn, wie es häufig geschieht, die Mitglieder des Gründerkonsortiums im Begebungskonsortium wiederkehren. Etwas anderes will auch ROHG. Bd. 22 S. 381 fg. und trotz der irreführenden Ueberschrift auch RG. Bd. 7 S. 100 fg. nicht sagen. Insbesondere wollen beide Entscheidungen keinen begrifflichen Unterschied zwischen einem selbst emittierenden Gründerkonsortium und einem Begebungskonsortium aufstellen.[1])

I. Teil.

Die rechtliche Konstruktion des Begebungskonsortiums

1. als Gesellschaft.

Infolge einer falschen oder wenigstens juristisch farblosen Ausdrucksweise in der kaufmännischen Korrespondenz ist die juristische Konstruktion des Konsortialvertrages früher sehr streitig gewesen. (Vgl. die Beispiele bei Sydow S. 431: „Wir haben Sie an dem Konsortium mit Nominal 30.000 Tlr. Aktien zum Kurse von 105 % beteiligt" oder bei der Bildung von Unterkonsortien: „Wir verkauften an Sie Nominal 30.000 Tlr. Aktien zum Kurse von 105% consortialiter.") Der wirtschaftliche Zweck des

[1]) A. M. v. Ziegler (S. 26 Anm.), der eine solche Unterscheidung aus ROHG. Bd. 22 S. 381 fg. herauslesen will.

Geschäfts war klar: Das konsortialbildende Haus (bezw. mehrere) sollte als Konsortialleiter oder Syndikus (bezw. Syndikat) das Begebungsgeschäft ausführen, der Konsorte dagegen nach dem Verhältnis seiner Beteiligung zu dem ganzen Betrag der zu emittierenden Papiere an dem durch die Begebung über einen gewissen Kurs, den Konsortialkurs, hinaus erzielten Gewinn beteiligt werden, dafür aber verpflichtet sein, unbegeben bleibende Papiere in demselben Verhältnis zu eben diesem Kurse abzunehmen. Heute hat man sich wenigstens dahin geeinigt, dass der Konsortialvertrag einen Gesellschaftsvertrag darstellt.

a) Ablehnung der Konstruktionen des Konsortialvertrages als Kombination von Auftrag und Kauf.

Der Konsortialvertrag ist früher konstruiert worden als suspensiv bedingter Kauf in Verbindung mit einem prinzipalen Verkaufsauftrag. Ein Auftrag kann aber schon deshalb nicht vorliegen, weil nach dem Willen der Kontrahenten beide Teile gebunden sein sollen. Auf den Widerruf beim Auftrag kann aber nicht verzichtet werden, oder besser: wird bei einem sogenannten Auftrag auf den Widerruf verzichtet, so liegt kein reiner Auftrag vor (vgl. Planck Bd. 2 S. 670, Oertmann S. 707). Untersuchen wir jetzt den Inhalt dieses Auftrags. Soll der Auftrag ein mandatum mea gratia darstellen, so muss er sich im Rahmen des Rechts des Auftraggebers halten. Dieses kann, da von einem Kauf individueller Sachen nicht die Rede sein kann, nur in dem Recht auf Uebereignung eines bestimmten Quantums oder in dem Recht auf Uebertragung ideeller Eigentumsanteile bestehen. Der Auftrag müsste also entweder dahingehen, irgend ein Quantum zu verkaufen, das der Beteiligung des Konsorten entspricht, oder dahin, ideelle Eigentumsanteile zu verkaufen. Ersteres ist deshalb unmöglich, weil es hier im Belieben des Leiters stände, Verkäufe erst dann als für Rechnung des Konsorten geschehen gelten zu lassen, wenn er selbst gedeckt ist, letzteres ist deshalb unmöglich, weil der Konsortialleiter die Papiere und keine ideellen Eigentumsanteile ver-

kaufen soll. Es bleibt also nur übrig, einen bedingten Kauf ideeller Eigentumsanteile in Verbindung mit einem mandatum mea et tua gratia anzunehmen. Indes ist das erste sehr kompliziert, und das zweite weist wieder darauf hin, dass kein reiner Auftrag vorliegt.

Alles gesagte gilt auch für die Konstruktion, die einen unbedingten Kauf mit einem Auftrag verbindet. Das Sachverhältnis ändert sich erst, wenn man einen Kauf ideeller Eigentumsanteile annimmt, das Eigentum durch constitutum possessorium übergehen lässt und an die Stelle des Auftrags einen auf der Gemeinschaft basierenden Vertrag über die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache setzt. Hier sind in der Tat alle erhobenen Einwände beseitigt: es sind beide Kontrahenten gebunden, der Verkauf eines jeden Stückes kommt ihnen gemeinschaftlich zu Gute, der Konsortialleiter ist verpflichtet, die Stücke zu verkaufen und nicht bloss ideelle Eigentumsanteile. Dass auch diese Konstruktion, die übrigens in der Form gar nicht aufgestellt worden ist,[1]) gleichwohl unrichtig ist, liegt daran, dass sie das Verhältnis umkehrt: das wesentliche des Geschäfts, das Gebundensein beider Teile, das Partizipieren an dem Verkauf jedes einzelnen Stückes, ist hier lediglich Folge des sozietätsähnlichen Inhalts der Gemeinschaft, also das Sekundäre in der Konstruktion, das Miteigentum und seine causa, der Kauf, ist das Primäre, während doch gerade die Absicht der Kontrahenten ist, an Dritte abzusetzen, nicht selbst zu behalten.

b) Begründung der Konstruktion des Begebungskonsortiums als Gesellschaft.

Jedenfalls zeigt diese Konstruktion, dass man zur Erklärung des Konsortialvertrages zum mindesten ein

[1]) Aus der von Grzimek (S. 37) aufgestellten (und schliesslich abgelehnten) Konstruktion, die ebenfalls auf der Kombination eines unbedingten Kaufs mit Eigentumsübergang durch constitutum possessorium und eines Auftrags beruht, ist nicht ersichtlich, ob es sich um einen Kauf ideeller Eigentumsanteile oder eines Quantums

sozietätsähnliches Gebilde benötigt und dass dieses eigentlich das Primäre sein müsste. Hierzu kommt, dass eine Gesellschaft im Zweifel immer anzunehmen ist, wenn ein Geschäft auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust gehen soll (ROHG. Bd. 13 S. 311).

2. für das alte Recht: als Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung im Sinne der Art. 266 fg. ADHGB.

Ist das Begebungskonsortium aber eine Gesellschaft, so fällt es unter den Begriff der sogenannten Gelegenheitsgesellschaft.

a) Begründung der Anwendbarkeit der Art. 266 fg. ADHGB. auf das Begebungskonsortium.

Es unterstand daher nach altem Recht gewöhnlich den Vorschriften des zweiten Titels des dritten Buchs des ADHGB. Art. 266 fg.: Ueber die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung. Um ein Handelsgeschäft handelte es sich nämlich sowohl dann, wenn derjenige (bezw. diejenigen), in dessen Namen das Geschäft betrieben wurde, Kaufmannseigenschaft hatte (vgl. Ring S. 401) — das Emissionsgeschäft war Bankiergeschäft nach Art. 272 Ziff. 2 ADHGB. (Goldschmidt, Handbuch S. 602) bezw. Realisationsveräusserung nach Art. 273 Abs. 2 — als auch dann, wenn die Papiere erst in Ausführung des Konsortialvertrages übernommen wurden, dieser mithin einen Kauf in der Absicht der Weiterveräusserung im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 zum Zwecke hatte. Schief ist die Begründung des ROHG. Bd. 13 S. 313, dass „beide Teile Kaufleute sind und die Vergesellschaftung im Betriebe ihres Handelsgewerbes erfolgt ist. HGB. Art. 273, 274"; denn hiermit ist nur be-

---

handelt. Handelt es sich um den Kauf eines Quantums, so ist ein Eigentumsübergang durch constitutum possessorium mangels genügender Individualisierung undenkbar.

wiesen, dass der Gesellschaftsvertrag Handelsgeschäft ist, nicht auch, dass er Handelsgeschäfte zum Zweck hat. Auch die zitierte Ziff. 2 des Art. 271 trifft nicht zu; denn die Emission ist nicht Spekulationsgeschäft, sondern Realisationsgeschäft.

b) Die sich hieraus für die rechtliche Konstruktion des Begebungskonsortiums ergebenden Folgerungen, insbesondere die Möglichkeit einer Konstruktion nach Art der Stillen Gesellschaft.

Mit der Unterstellung des Begebungskonsortiums unter die Art. 266 fg. des ADHGB. war allerdings für die juristische Konstruktion noch gar nichts gegeben. Denn die Ueberschrift des genannten Titels ist allein dem Zweck der Gesellschaft entnommen (Renaud-Laband S. 192), so dass zwar für die juristische Konstruktion der Gelegenheitsgesellschaft in erster Linie die gewöhnliche zivilrechtliche Gesellschaft in Betracht kam, gleichwohl aber für andere Gestaltungen Raum blieb. Insbesondere wies der Art. 269 Abs. 1, der unmittelbar allerdings nur die äussere, nicht die innere Struktur trifft, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung der Gelegenheitsgesellschaft und der ausländischen Beispiele auf eine Konstruktion nach Art der Stillen Gesellschaft, auf eine sogenannte stille Gelegenheitsgesellschaft hin. Unter diesen juristischen Begriff und den die Stille Gesellschaft umfassenden Oberbegriff der (von Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 610, 611) sogenannten Innengesellschaft wurde das Begebungskonsortium zumeist eingereiht (vgl. Endemann Bd. 1 S. 772).

c) Exkurs: Die geschichtliche Entwickelung der stillen Gelegenheitsgesellschaft und ihre Behandlung in der Gesetzgebung der romanischen Länder.

aa) Die römische societas unius rei.

Das römische Recht kannte die Gelegenheitsgesellschaft in der im Corpus iuris civilis mehrfach erwähnten societas unius rei (vgl. l. 5 pr., l. 65 pr. D. 17, 2). Da

das römische Recht eine direkte Stellvertretung, abgesehen von wenigen Ausnahmen, nicht kannte, war die societas unius rei in allen Fällen stille Gesellschaft, in denen nicht die mehreren Gesellschafter gemeinschaftlich handelten.

bb) Die italienische Commenda und ihre Entwickelung. Die societas per modum participationis.

Ein der Gelegenheitsgesellschaft ähnliches Rechtsverhältnis, wenngleich juristisch Werkvertrag bezw. Kommission (vgl. Lübbert S. 5) ist die seit dem 10. Jahrhundert in den italienischen Rechtsquellen[1]) nachweisbare partiarische Commenda,[2]) auf deren sehr bestrittenen Zusammenhang mit dem römischen Recht der klassischen Rechtsperiode und dem von Goldschmidt sogenannten römischen Vulgarrecht[3]) hier nicht näher einzugehen ist. Die partiarische Commenda ist ein Rechtsverhältnis, bei dem der eine Kontrahent, der Traktator, verpflichtet ist, das ihm vom anderen, dem Kommendator, anvertraute Gut durch Handel (u. z. zunächst immer durch Seehandel) umzusetzen, und als Entgelt für seine Arbeit eine Quote des dabei gewonnenen Reinertrages erhält (vgl. Lübbert S. 3, 4). Eine Weiterbildung, vielleicht nur eine species der partiarischen Commenda (vgl. Lastig, Accomendatio S. 95) ist die societas maris, auch collegantia oder com-

---

[1]) Eine umfassende Zusammenstellung dieser Quellen, die sich in Stadtstatuten, Notariatsimbreviaturen und andere Geschäftsurkunden und juristische Literatur gruppieren, findet sich in Lastig, Accomendatio. Unter den Stadtstatuten nehmen die Statuten von Genua, unter den Notariatsimbreviaturen die des Johannes Scriba, Notars zu Genua (1155—1164), einen hervorragenden Platz ein.

[2]) In den ligurischen Quellen findet sich dafür so gut wie ausschliesslich der Ausdruck Accomendatio (vgl. Lastig, Accomendatio, Einl. S. XVIII, S. 123).

[3]) Vgl. einerseits Goldschmidt in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 35 S. 80, 81 und in seiner Universalgeschichte S. 91 und Silberschmidt, Commenda S. 14, andererseits Lastig, Accomendatio, Einl. S. XIX, Lübbert S. 4, Grzimek S. 19.

pagnia genannt,[1]) deren Wesen darin besteht, dass auch der Traktator mit Kapital an dem von ihm auszuführenden Geschäft beteiligt ist. Ursprünglich nur für ein einzelnes Geschäft bezw. mehrere einzelne Geschäfte eingegangen, hat sich die partiarische Commenda erst auf dem Wege über die Landcommenda zu einem der Gewerbsgesellschaft ähnlichen Rechtsverhältnis, zu einem Dienstvertrag, entwickelt (vgl. Lübbert S. 32, 33). Da der Traktator die zum Umsatz des anvertrauten Guts erforderlichen Rechtsgeschäfte im eigenen Namen abwickelte (vgl. Lübbert S. 11, Lastig, Accomendatio S. 85 und in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 24 S. 400 und Karl Lehmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 62 S. 293), ist die partiarische Commenda Innenverhältnis, oder, um den Vergleich mit der Gelegenheitsgesellschaft fortzuführen, ein der stillen Gelegenheitsgesellschaft ähnliches Rechtsverhältnis. Während sich einerseits aus einer seitlichen Abzweigung der Commenda (vgl. Lastig, Accomendatio S. 123) die societas per viam accomanditae entwickelte, auf welche die französische société en commandite und die deutsche Kommanditgesellschaft zurückführen, entstand andererseits seit dem 13. Jahrhundert — ob ebenfalls aus der Commenda, wie früher allgemein angenommen wurde (vgl. Renaud-Laband S. 4 fg.), oder selbständig neben dieser, wie Lastig annimmt (vgl. Lastig in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32 S. 231), mag hier dahingestellt bleiben — die societas per modum participationis, auf welche, da sie nicht nur der Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe diente, sondern auch für Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften Raum bot (vgl. Renaud-Laband S. 11), sowohl die heutige Stille Gesellschaft wie die heutige stille Gelegenheitsgesellschaft zurückführt. Eingehende Regelung fand die societas per modum participationis erst in den Decisiones der Genueser Rota

[1]) Lastig (Accomendatio S. 93, 94) nennt sie wechselseitige societas.

bei Straccha aus der Mitte des 16. Jahrhunderts. In einer Provisione der Università de' Mercanti zu Bologna vom Jahre 1583 erscheint sie zum ersten Mal unter dem Namen compagnia secreta.

cc) Die französische association en participation.

Dieselben Funktionen, wie in Italien die societas per modum participationis, übte in Frankreich die association en participation, in den Werken des Jaques Savary[1]) „société anonyme ou inconnue" genannt. Vorwiegend jedoch bildete sie die Form für die gesellschaftliche Beteiligung an einzelnen Handelsgeschäften und hiess in dieser Anwendung auch société momentanée (vgl. Lastig bei Endemann Bd. 1 S. 763, 764 und in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32 S. 233). Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts nur gewohnheitsrechtlich fortgebildet, fand sie zum ersten Mal im Code de Commerce von 1808 offizielle Erwähnung, jedoch keine ihr materielles Recht berührende Regelung. Um sie von der ebenfalls société anonyme genannten Aktiengesellschaft schon äusserlich zu scheiden, gab ihr der Code de Commerce ihren alten, damals nur selten gebrauchten, Namen association en participation zurück (vgl. Lastig bei Endemann Bd. 1 S. 762, 763).

dd) Die Entwickelung der stillen Gelegenheitsgesellschaft in Deutschland.

Auch das nordische Gesellschaftsrecht, und zwar sowohl das skandinavische wie das hanseatische, hat in der kurzen Zeit seiner Selbständigkeit Formen entwickelt, die denen der Commenda und der societas maris völlig entsprechen (vgl. Karl Lehmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 62 S. 303). In dem älteren skandinavischen Recht fanden sie gesetzliche Regelung

---

[1]) Le Parfait Négociant, Ed. VIII 1726, und Parères ou Avis et Conseils sur les plus importantes matières du commerce, Ed. I 1688.

erst in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts, woraus der Schluss gezogen werden könnte, dass sie von ausserhalb rezipiert worden sind. „Andererseits geben sie nur das wieder, was die älteren Quellenberichte der sagas erraten lassen" (Karl Lehmann a. a. O. S. 303). Die Kapitel 21 und 22 des als „Seerecht" (farmanna lög) bezeichneten letzten Abschnitts des Stadtrechts des Königs Magnus Lagabœter behandeln drei Arten von Vereinigungen zu Seehandelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung; zwei davon werden mit fèlag, die dritte wird mit hjáfèlag bezeichnet. Während die eine und zwar vermutlich die ältere Art des fèlag so gedacht ist, dass die beiden Gemeinschafter zusammen ein Schiff besteigen und zusammen die Reise unternehmen, sind die andere Art des fèlag und das hjáfèlag so gedacht, dass der eine der beiden fèlagar zu Hause bleibt (vgl. Pappenheim in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 36 S. 90 fg.). Die letztere Art des fèlag und das hjáfèlag sind also offenbar Innengesellschaften, und zwar entspricht das fèlag der societas maris, während das hjáfèlag mit der Commenda übereinstimmt (vgl. Pappenheim a. a. O. S. 93—95). Nach und nach wurde das skandinavische Gesellschaftsrecht durch das überlegene hanseatische Gesellschaftsrecht verdrängt, das seit dem 14. Jahrhundert an den Küsten der Nord- und Ostsee zur unumschränkten Herrschaft gelangte (vgl. Karl Lehmann a. a. O. S. 294).

Die hanseatischen Quellen, unter denen die Stadtbucheinträge Lübecks die hervorragendste Stellung einnehmen,[1]) behandeln zwei Gesellschaftsformen, die wedderlegginge und das sendeve, von denen wiederum die erstere dem fèlag und der societas maris, die letztere dem hjáfèlag und der Commenda entspricht (vgl. Rehme in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 42 S. 371—373). Auch bei der wedderlegginge und dem

[1]) Die Eintragungen des Lübecker Nieder-Stadtbuches unter der Rubrik „Societates" sind publiziert von Rehme in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 42 S. 396 fg.

sendeve handelt der Unternehmer im eigenen Namen (vgl. Rehme a. a. O. S. 389, Silberschmidt im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 23 S. 65), weshalb auch diese Gesellschaftsformen als Innengesellschaften zu bezeichnen sind.

Seit dem 17. Jahrhundert gerieten die einheimischen Gesellschaftsformen unter der Einwirkung der politischen Verhältnisse und der Rezeption des römischen Rechts in Vergessenheit (vgl. Karl Lehmann a. a. O. S. 290). Da es ein aufgezeichnetes einheimisches Handelsrecht nicht gab, machte sich auf die deutsche Literatur und Gerichtspraxis nacheinander der Einfluss der italienischen und der französischen Literatur und Gerichtspraxis geltend. Eine im Jahre 1676 erschienene deutsche Uebersetzung des „Le Parfait Négociant" und ein im Jahre 1709 von Paul Jakob Marsperger herausgegebener Auszug der Parères brachten unter anderem auch die société anonyme ou inconnue nach Deutschland, deren Identität mit der in ihrer Anwendung als Gewerbsgesellschaft längst bekannten societas per modum participationis die deutsche Literatur jedoch verkannte. Veranlasst wurde dieser Irrtum wohl durch den Umstand, dass Marspergers Auszug der Parères gerade solche Stellen des Originals wiedergibt, in denen von der société anonyme in ihrer Anwendung auf Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften die Rede ist. (vgl. Lastig bei Endemann Bd. 1 S. 765). Derselbe Irrtum machte sich auch in den deutschen Gesetzen der Folgezeit geltend, deren erstes, das Badische Landrecht, die „association en participation" des Code de Commerce mit „Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen" übersetzte. Die späteren Gesetze und Gesetzentwürfe folgten und auch das ADHGB. stellt die „Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" der „Stillen Gesellschaft" gegenüber. Es beachtet also auch die offene Gelegenheitsgesellschaft und gibt die nähere Zugehörigkeit der Gelegenheitsgesellschaft zur Stillen Gesellschaft nur durch die Zusammenfassung beider Gesellschaftsformen in ein und demselben Buch zu erkennen.

ee) Die stille Gelegenheitsgesellschaft in der Gesetzgebung der romanischen Länder.

Dagegen behandeln ausser dem Code de Commerce auch die geltenden Gesetze der übrigen romanischen Länder die Gelegenheitsgesellschaft entsprechend ihrer geschichtlichen Entwickelung als Abart oder Unterart der Stillen Gesellschaft. So kennen der italienische Codice di Commercio in den associazione in partecipazione (Art. 233 fg.), der spanische Codigo de Comercio in den cuentas en participación (Art. 239 fg.), der portugiesische Codigo Commercial in der conta em participação (Art. 224 fg.) und das belgische Gesetz vom 18. Mai 1873 in der Fassung des Gesetzes vom 22. Mai 1886 in den associations en participation (Art. 109 fg.) Gesellschaftsformen, die wie die societas per modum participationis nicht nur der Beteiligung an einem fremden Handelsgewerbe, sondern auch der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften dienen. Das zitierte belgische Gesetz kennt allerdings ausser den associations en participation noch die associations momentanées (Art. 108), deren juristische Konstruktion ebenso wie die der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung des ADHGB. völlig der Parteivereinbarung überlassen ist.

3. für das neue Recht: als Gesellschaft im Sinne der §§ 705 fg. BGB.

Heute ist die Gelegenheitsgesellschaft aus dem Handelsgesetzbuch gestrichen; die Gelegenheitsgesellschaft und damit das Begebungskonsortium ist nur mehr eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

a) Möglichkeit der Bildung von Innengesellschaften im Rahmen des BGB.

Es fragt sich nur, ob sich nicht auch im Rahmen des heutigen bürgerlichen Rechts Gesellschaften nach Art der Stillen Gesellschaft bilden können. Dernburg (Bd. 2

Abt. 2 S. 610, 611) beantwortet die Frage incidenter, indem er sagt, dass auf solche Gesellschaften die Vorschriften des BGB. nur insoweit Anwendung finden, als sie zu deren Eigenart passen, und indem er in den Begebungskonsortien Gelegenheitsgesellschaften sieht, die zu den Innengesellschaften gehören. Ausdrücklich bejaht wird die Frage von den Motiven (Bd. 2 S. 635), von Otto Gierke (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 135), von Lehmann-Ring (Bd. 1 S. 686), von Grzimek (S. 41) und insbesondere auch von Kipp (Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 792), der sich darauf stützt, dass die Stille Gesellschaft unter mehrfacher Bezugnahme auf das Gesellschaftsrecht des BGB. geregelt ist. Kipp geht also von einer derartigen Wesensgleichheit der beiden Rechtsinstitute aus, dass einerseits die Stille Gesellschaft nicht der Anwendung der Normen des Gesellschaftsrechts des BGB. widerstrebt, andererseits die Normen über die Stille Gesellschaft auch in das Gesellschaftsrecht des BGB. hineingetragen werden können. Eine solche Wesensgleichheit muss auch in der Tat angenommen werden, nachdem das Gesetz einmal die beiden Rechtsinstitute in Parallele gestellt hat. Inkommensurable Dinge lassen sich nicht vergleichen.

Ferner ist — worauf auch Grzimek mit Recht hinweist — zu beachten, dass die Gelegenheitsgesellschaft nicht deshalb aus dem Handelsgesetzbuch gestrichen worden ist, um irgend etwas an dem bestehenden Recht zu ändern, sondern weil man glaubte, mit dem Gesellschaftsrecht des BGB. auszukommen (vgl. Hahn und Mugdan, Materialien Bd. 6 S. 346). Nach altem Recht gab es aber, wie festgestellt, eine stille Gelegenheitsgesellschaft.

Demnach ist anzunehmen, dass es eine stille Gelegenheitsgesellschaft auch im Rahmen des BGB. gibt, und zugleich mit Dernburg daran festzuhalten, dass auf eine solche nicht primär die Vorschriften des BGB. Anwendung finden, sondern dass sie zunächst aus ihren eigenen Zwecken beurteilt werden will.

b) Charakter der Innengesellschaften als wirklicher Gesellschaften im Sinne der §§ 705 fg. BGB.

Mit der Feststellung der Wesensgleichheit der Gesellschaft des BGB. und der Stillen Gesellschaft erledigt sich auch der Einwand, dass solche stille Gesellschaften, bei denen also „die ganze Geschäftsführung im unmittelbar juristischen Erfolg bloss für den einen stattfindet, so dass der andere nur schuldrechtlich am Erfolg beteiligt ist" (Kohler Bd. 2 Teil 1 S. 395) überhaupt keine Gesellschaften im Sinne der §§ 705 fg. BGB. wären. Denn jener Feststellung gegenüber handelt es sich ja nur um ein minus, nämlich nur um die Anwendbarkeit der §§ 705 fg. auf die Stille Gesellschaft nicht auch umgekehrt. Vgl. Knoke (S. 25), der sich ausser auf die Bezeichnung der Stillen Gesellschaft ebenfalls auf die bei ihrer Regelung geübte Bezugnahme auf das BGB. stützt, ferner Frankenburger (S. 403, 404), Gareis (S. 183 Anm. 1), Karl Lehmann (Lehrbuch S. 349) und Staub (Bd. 1 S. 1099).

c) Keine Vermutung für den Charakter einer vorliegenden Gesellschaft als Aussen- oder Innengesellschaft.

Wir haben also festgestellt, erstens dass sich auch im Rahmen des BGB. eine Innengesellschaft bilden kann, zweitens, dass diese eine wirkliche Gesellschaft im Sinne der §§ 705 fg. BGB. ist. Es erübrigt noch die weitere Frage, ob die Ausgestaltung einer Gesellschaft als Innengesellschaft als das Normwidrige in jeder einzelnen Abweichung eine besondere Vereinbarung voraussetzt, oder ob auch aus der besonderen Eigenart des Gesellschaftsgegenstandes und in logischer Fortentwickelung des erklärten Willens der Kontrahenten auf eine solche Ausgestaltung geschlossen werden kann. RGJWS. 1905 S. 709, 710 beantwortet die Frage im letzteren Sinn: es stellt den Satz auf, dass das BGB. für das Vorliegen der einen oder anderen Gesellschaftsform keine Vermutung aufstellt, und es schliesst in dem behandelten Fall aus der Tatsache, dass lediglich ein Ankauf für gemeinschaftliche Rechnung

mit Teilung von Gewinn und Verlust vereinbart wurde, dass ferner nur ein Kontrahent nach aussen hervortreten sollte, auf den Charakter der vorliegenden Gesellschaft als Innengesellschaft. Diese Schlussfolgerung ist durchaus richtig. Hätte sich die Entscheidung auf den Standpunkt gestellt, dass alle Vorschriften des BGB. Anwendung zu finden haben, die nicht besonders ausgeschlossen sind, so hätten die angeschafften Waren Gesellschaftseigentum werden müssen. Dieses hätte aber kein direktes, sondern lediglich ein indirektes Erwerbsorgan gehabt. Eine solche Gesellschaftsorganisation aber ist, wenn auch keineswegs juristisch unmöglich, so doch zum mindesten auch nicht natürlich.

Wir können also als dritten Satz aufstellen, dass es für die Ausgestaltung einer Gesellschaft als Innengesellschaft nicht darauf ankommt, dass alle Abweichungen, die sich aus diesem Charakter gegenüber der Aussengesellschaft ergeben, besonders vereinbart sind.

d) Richtlinien für die Ausgestaltung des Begebungskonsortiums als Aussen- oder Innengesellschaft:

Jetzt aber erwächst die weitere Frage: wann ist das Begebungskonsortium als Innengesellschaft, wann als Aussengesellschaft zu beurteilen?

Diese Frage beantwortet sich folgendermassen: Die Parteivereinbarungen sind in jedem Fall sinngemäss zu ergänzen. Die Richtung, in welcher diese Ergänzung zu geschehen hat, müssen einmal juristisch-logische, zweitens aber wirtschaftliche Erwägungen weisen.

aa) juristisch-logischer Natur.

Die ersteren müssen sich vorwiegend damit befassen, ob nach dem Willen der Beteiligten die Gesellschaft auf dem Prinzip der vorherrschenden Leitung eines einzelnen oder dem der grundsätzlichen Gleichstellung der Gesell-

schafter hinsichtlich der Geschäftsführung beruhen soll.[1]) Ich sage ausdrücklich: der grundsätzlichen Gleichstellung; denn einen Ausschluss von der Geschäftsführung sieht auch der § 710 BGB. vor; gleichwohl ist die grundsätzliche Gleichstellung bereits während des Bestehens der Gesellschaft insofern gewahrt, als das BGB. in § 713 in Verbindung mit § 666 und § 259 den ausgeschlossenen Gesellschaftern ein Recht auf Auskunftserteilung und detaillierte Rechnung unter Mitteilung von Belegen gibt, ferner nach § 716 ein weitgehendes Kontrollrecht, endlich nach § 712 sogar das Recht, dem geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen.

Sydow sieht den Fall, in dem das Begebungskonsortium auf dem Prinzip der vorherrschenden Leitung eines Gesellschafters beruht, als derart typisch an, dass er ihn immer anwenden will, wenn nichts anderes vereinbart ist. Ebenso die Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, 1905, S. 216. Auch Lotz (S. 6) stellt diesen Fall als den Regelfall hin, ebenso noch Wolff-Birkenbihl (S. 110) und Karl Lehmann (Lehrbuch S. 495); auch RG. Bd. 56 S. 210 präjudiziert dieser Auffassung nicht. Dagegen behauptet v. Ziegler (S. 26), dass dies nicht, bezw. nicht mehr die überwiegende Gestalt der Begebungskonsortien sei. Grzimek (S. 32, 33) geht sogar soweit, eine Vermutung (natürlich nur eine praesumtio facti) für den entgegengesetzten Fall aufzustellen. Tatsächlich bildet

---

[1]) Grzimek (S. 33, 34) findet das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal für die Beurteilung eines vorliegenden Begebungskonsortiums als Innen- oder Aussengesellschaft, also das wesentlichste äussere Unterscheidungsmerkmal (besser Richtlinie) nicht sowohl in der überragenden Stellung des Konsortialleiters einerseits und in der Gleichstellung der Konsorten andererseits als im Konsortialzweck, der bei der Innengesellschaft nur die Vergemeinschaftung des Begebungsergebnisses, bei der Aussengesellschaft zugleich die Vergemeinschaftung der Ausführung des Begebungsgeschäftes betrifft. Dabei übersieht er, dass der Konsortialzweck das innere Unterscheidungsmerkmal darstellt, das, sofern es aus dem Konsortialvertrage ersichtlich ist, über den Charakter des vorliegenden Begebungskonsortiums als Innen- oder Aussengesellschaft keinen Zweifel übrig lässt.

der von Sydow als Typus angesehene Fall gegenwärtig die Ausnahme, so dass von seinem Grundsatz heute nicht mehr die Rede sein kann.

Sydow geht allerdings von dem Fall aus, dass das leitende Bankhaus erst, nachdem es die Wertpapiere übernommen hat, in Konsortialverträgen für das von ihm übernommene Risiko Deckung sucht; u. z. nichts als das; denn dass das leitende Haus auch oftmals den Zweck verfolgt, den Uebernahmepreis aufzubringen, bestreitet er auch für seine Zeit zu Unrecht. Kann man nun z. B. in einem solchen Fall, wie ihn Sydow vor Augen hat, annehmen, dass den Konsorten die Befugnis zusteht, dem Konsortialleiter die Geschäftsführungsbefugnis nach § 712 BGB. zu entziehen? Schwerlich; und ein wichtiger Grundsatz der Aussengesellschaft scheidet aus. Werden zudem noch die anderen Rechte wegbedungen, die sich als Ausfluss der grundsätzlichen Gleichstellung der Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftsführung darstellen, wird, wie es sehr häufig in den Konsortialverträgen geschah und auch heute noch geschieht, das Recht auf Auskunftserteilung, Rechnungslegung, das Kontrollrecht verneint, so erhält der Konsortialleiter eine so überwiegende Stellung, wie sie selbst mit der ausschliesslichen Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters einer Aussengesellschaft kaum noch vereinbar ist. Auch wird man, wenn die obigen Voraussetzungen vorliegen, kaum annehmen können, dass die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet gewesen ist, ein Gesellschaftsvermögen zu bilden; es steht ja doch den Konsorten „keinerlei Verfügung" darüber zu (Sydow S. 437). Die Konsorten bekommen die Stücke überhaupt nicht zu sehen; diese gehörten schon zur Zeit des Konsortialvertrages dem Leiter und dieser nimmt nach erfolgter Subskription die Zuteilung an die Zeichner vor.

Nun kann gar kein Zweifel darüber bestehen, dass die für die rechtliche Konstruktion des Begebungskonsortiums als Innengesellschaft gezogenenen Konsequenzen auch dann zu ziehen sind, wenn nicht alle der genannten Voraussetzungen vorliegen. Es ist daher un-

richtig, wenn Sydow glaubt, um den von ihm angestrebten Beweis führen zu können, müsse er ganz genau daran festhalten, dass das Begebungskonsortium nur eine Gemeinsamkeit im Ergebnis, nicht in der Operation bezweckt (S. 441). So will er leugnen, dass die von den Konsorten übernommene Verpflichtung, als Zeichnungsstellen zu fungieren, auf ihrer Gesellschaftseigenschaft beruht (S. 441 Anm. 10, ebenso übrigens auch Grzimek S. 34, 35). So bemüht er sich ferner zum Beweise dessen, dass die von den Konsorten geleisteten Einzahlungen kein Gesellschaftsvermögen bilden, darzutun, dass sie nicht nach der Natur des Konsortialvertrages erforderlich sind, und dass sie nicht die auf die Wertpapiere geleisteten Anzahlungen vergüten, sondern als Kaution dienen wollen. Das Beispiel der Stillen Gesellschaft lehrt, dass auch eine nach der Natur des Gesellschaftsvertrages erforderliche Vermögenseinlage in das Vermögen eines Gesellschafters übergehen kann, und auch der Zweck der Vergütung der auf die Wertpapiere geleisteten Anzahlungen kann in dieser Weise realisiert werden. Dass sich Sydow bei der Verneinung dieses Zwecks in einem tatsächlichen Irrtum befindet, ist bereits bemerkt. Dass die von den Konsorten zu leistenden Einzahlungen sich auch dann finden, wenn der Konsortialleiter gar nicht für eigene Rechnung handelt, beweist nur, dass sie auch einen anderen Zweck, nicht, wie Sydow will, dass sie nur den Zweck der Kaution verfolgen können. (Vgl. Grzimek S. 48, 49.)

bb) wirtschaftlicher Natur.

Die wirtschaftlichen Erwägungen werden vor allem den Grund der straffen Organisation zu suchen haben, wie sie in der Struktur der Innengesellschaft ihren Ausdruck findet.

Fassen wir zunächst den Fall ins Auge, dass die Begebung nicht im Wege öffentlicher Subskription, sondern durch allmählichen Verkauf an der Börse bewirkt werden soll, so ist ohne weiteres klar, dass ein massenhaftes

Angebot von allen Seiten einen Kursdruck herbeiführen muss, während bei straffer Zentralisation „durch die planmässige Führung ein allmähliches Abschieben der Bestände nach Bedürfnis der Kapitalanlage, wie es durch Kaufaufträge an der Börse sich äussert, ermöglicht wird" (Lotz S. 6). Dagegen greift dieser Gesichtspunkt dann nicht durch, wenn die Papiere zur öffentlichen Subskription aufgelegt werden, sofern diese einheitlich geschehen soll. Es kann zum mindesten nichts verschlechtern, vielleicht sogar vorteilhafter sein, wenn der Prospekt von mehreren Firmen statt einer einzigen unterzeichnet ist, mithin die Geschäftsverbindungen aller ausgenützt werden können. Ob die Zuteilung an die Zeichner vom Konsortialleiter oder von den Konsorten ausgeht, ist ebenfalls gleichgültig. Es kommt also lediglich darauf an, ob die Emission einheitlich erfolgen kann. Sie kann nie einheitlich erfolgen, gleichviel ob sie im Wege der Subskription oder freihändig an der Börse erfolgt, wenn Personen ausserhalb des Konsortiums Papiere in der Hand haben und hinsichtlich der Verfügung darüber frei sind. Diesen gegenüber macht sich daher immer, zumal bei Dividendenpapieren, das Zentralisierungsbedürfnis fühlbar. Diesem Bedürfnis entspringt die im Uebernahmevertrag mit den Gründern bezw. Anleihenehmern häufig wiederkehrende Vereinbarung, wonach vor beendeter Emission die Gründer die zurückbehaltenen Aktien nicht veräussern dürfen, der Anleihenehmer keine neuen Anleihen ausgeben darf. Ihm entspringt ferner den Zeichnern gegenüber die sogenannte Sperrung; es werden nämlich bei der Emission von Aktien in den Prospekten denjenigen Zeichnern besondere Vorteile in Aussicht gestellt, die sich verpflichten, ihre Stücke während einem, zwei oder drei Monaten nicht auf den Markt zu bringen (Lotz S. 46). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine straffe Organisation oft, keineswegs aber immer erforderlich ist; dass das Bedürfnis, die Absatzfähigkeit mehrerer Häuser auszunützen, sogar auf eine gewisse Dezentralisation hinweist. Auch andere Umstände können in dieser Richtung wirken. So der, dass

der Uebernahmevertrag die finanziellen Kräfte eines Hauses übersteigt, und das übernehmende Bankhaus genötigt wird, bereits vor diesem Uebernahmevertrag Konsortialverbindungen einzugehen; denn hier wird ein allzugrosses Uebergewicht des führenden Hauses von vornherein verhindert. So ferner der Umstand, dass der Anleihenehmer oder die Gründer, bezw. bei einer Kapitalserhöhung die Gesellschaft, kurz der Geldnehmer[1]) einem einzigen Haus nicht kreditieren will. So endlich der Umstand, dass der Konsortialvertrag Stücke betrifft, welche die mehreren Mitglieder des Konsortiums unabhängig von einander übernommen haben, welche ihnen also bereits vor dem Abschluss des Konsortialvertrages gehörten; eine solche Vereinigung wird in der Geschäftssprache als „Pool" bezeichnet (vgl. Grzimek S. 15). Die Dezentralisation zeigt sich den Zeichnern gegenüber in dem gemeinsamen Auftreten beim Erlass von Prospekten, bei der Zeichnung, bei der Zuteilung, dem Geldnehmer gegenüber darin, dass alle Mitglieder des Konsortiums den Uebernahmevertrag abschliessen.

e) Vermutung gegen Zwischenbildungen.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so ergibt sich, dass das Begebungskonsortium Innengesellschaft oder Aussengesellschaft sein kann, und dass für keines eine Rechtsvermutung spricht. Dagegen spricht eine Rechtsvermutung gegen andere Gestaltungen. Entgegen diesem Grundsatz konstruiert Staub (Bd. 1 S. 1124, 1125) den Typus der Begebungskonsortien in der Weise, dass nur der Konsortialleiter nach aussen berechtigt und verpflichtet wird, gleichwohl aber ein Gesellschaftsvermögen besteht. Dass und warum diese Konstruktion zu ver-

[1]) Handelt es sich bei einer Sukzessivgründung um die Unterbringung von Primitivzeichnungen, so wird der Uebernahmevertrag zwar auch mit den Gründern geschlossen, aber seit dem Gesetz von 1884 lediglich zu Gunsten eines Dritten, der künftig entstehenden Gesellschaft.

werfen ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Entgegen jenem Grundsatz will ferner v. Ziegler an die Stelle der Gesamthandsgesellschaft die römische societas, an Stelle des Samteigentums das Miteigentum nach Bruchteilen setzen. Seine Gründe für diese Ausgestaltung des Begebungskonsortiums sind folgende: „Da alle gesellschaftlichen Beziehungen desselben auch unter dem neuen Rechte als gleichbleibend von den Parteien gewollt sind (— das dürfen wir sicher annehmen —), so muss die juristische Auslegung auch den Weg finden, die Berechtigungsfrage an den Papieren im überlieferten Sinne zu lösen" (S. 32). Und weiter: „Bei unseren Emissionskonsortien will nach der stillschweigend gedachten Absicht gemäss dem Herkommen kein Gesellschaftsvermögen erworben werden. Ihr Zweck ist Gewinn aus Handlungen, nicht Vermögensbesitz. Und dieser Zweck sieht von Eigentumsfragen, die für ihn ganz irrelevant sind, vollkommen ab" (S. 32, 33).

Was den ersten Grund betrifft, so ist ein allgemeiner Satz des Inhalts, dass den bei einem Vertrage Beteiligten daran liegen muss, an überlieferten Grundsätzen festzuhalten, sicher unrichtig, bei einer engeren Auslegung aber ist nicht ersichtlich, warum dies gerade beim Konsortialvertrage der Fall sein soll.

Was den zweiten Grund anlangt, so ist sein Sinn offenbar der, dass das Begebungskonsortium auch ohne Gesamthandsgut auskommt, dass ein solches also zum mindesten überflüssig ist. Dem ist mit Planck (Bd. 2 S. 735) zu erwidern, dass das allein noch kein Grund ist, daraus auf den stillschweigenden Abschluss einer die gesetzlichen Regeln abändernden Vereinbarung zu schliessen. Nicht daraus allein. Darum ist auch der Standpunkt zweier Badischer Finanzministerialerlasse vom 24. Februar 1904 und vom 23. Dezember 1904 (Badische Rechtspraxis 1904 S. 113, S. 275) nicht zu billigen, die zu einer Abweichung von den gesetzlichen Regeln eine ausdrückliche Vereinbarung verlangen und damit ganz willkürlich eine Formvorschrift aufstellen (wenn anders der Ausdruck

wörtlich genommen werden will). Aber es ist eine Willenserklärung nötig, sei es auch nur eine stillschweigende. Also anders, als wie bei der Frage, ob Innengesellschaft oder Aussengesellschaft, handelt es sich hier nicht um eine Ergänzung von Willenserklärungen, sondern höchstens um ihre Auslegung (vgl. RG. Bd. 56 S. 209, 210).

II. Teil.

Die Ausgestaltung des Begebungskonsortiums im einzelnen.

1. Die Innengesellschaft.

Im folgenden soll, ihrer grösseren Besonderheiten wegen, von der Innengesellschaft ausgegangen werden. Es ist bereits gesagt, dass sie eine wirkliche Gesellschaft im Sinne der §§ 705 fg. BGB. ist, dass aber die Sätze des BGB. nur insoweit auf sie Anwendung finden, als sie zu ihrer Eigenart passen.

a) Der Inhalt des Konsortialvertrages.

aa) Der Zweck des Konsortialvertrages und die Beitragspflicht der Mitglieder des Konsortiums.

Ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB. setzt voraus, dass sich die Gesellchafter gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Der gemeinsame Zweck liegt hier, da das ganze Geschäft ja voraussetzlich beim Konsortialleiter ruhen soll, nicht in der gemeinschaftlichen Emission, sondern „in der Gemeinschaftlichkeit des Gewinnes oder Verlustes“, welcher aus dem vom Konsortialleiter betriebenen Geschäft hervorgehen wird (vgl. Sydow S. 440). Der Beitrag des Konsortialleiters beruht in der Durchführung eben dieses Geschäfts

und der Ueberlassung eines Teiles der Gewinnhoffnung — nicht etwa in der Einbringung der Papiere —, der dem Vertrage wesentliche Beitrag des anderen Teils besteht in der Uebernahme eines Teiles des Risikos. In Ermangelung besonderer Vereinbarung wird gleiche Beteiligung am Risiko und entsprechend am Gewinn angenommen werden müssen. Es ist das nicht nur Folge des Satzes, dass mangels anderer Bestimmung Gewinn und Verlust gleich sind (§ 722 BGB.), sondern mutatis mutandis insbesondere auch Folge des Satzes, dass mangels anderer Vereinbarung gleiche Beiträge zu leisten sind (§ 706 BGB.). Die beiden Sätze treffen sich hier deshalb, weil die Gemeinschaftlichkeit nicht in der Operation, sondern nur im Ergebnis besteht. Die Ansicht Grzimeks (S. 53, 54), dass im Zweifel ein angemessener Anteil für die Höhe der Beteiligung der Konsorten als ausbedungen zu gelten habe, erscheint willkürlich. Der Hinweis auf § 336 Abs. 1 HGB. trifft nicht zu, weil dieser Paragraph nur die Gewinn- und Verlustbeteiligung des Stillen Gesellschafters normiert, während im vorliegenden Fall, wie eben ausgeführt, vor allem die Beitragspflicht der Konsorten in Frage steht.

bb) Die Begrenzung des Risikos der Konsorten.

Streitig geworden ist nun früher öfters, ob das Risiko lediglich in der Abnahme der nicht begebenen Stücke zum Konsortialkurse besteht, oder eventuell auch in der Tragung eines Kursverlustes, mit anderen Worten, ob der Konsortialleiter auch unter dem Konsortialkurse emittieren darf oder nicht. — Seit dem Gesetze von 1884 ist die Streitfrage für die Unterbringung von Primitivzeichnungen, auf welche sie Sydow (S. 451) noch erstreckt, schon logisch nicht mehr möglich, da hier das führende Haus nicht mehr die geringste Bewegungsfreiheit in der Kursbestimmung hat, vielmehr an den Gesellschaftsvertrag (oder den Kapitalserhöhungsbeschluss) gebunden ist, bezw. da dieser nur die Zulässigkeit einer etwaigen Ueberpariemission (oder den Mindestbetrag) aussprechen muss, nicht den Emissionskurs, an den Zeichnungsschein,

§§ 184 Abs. 2, 189 Nr. 3 (278 Abs. 3, 281 Abs. 1) HGB. (Vgl. Staub Bd. 1 S. 643.) —

Während das ROHG. Bd. 13 S. 310 noch auf dem Standpunkt steht, dass der Konsorte für den Geschäftsverlust durch Abnahme pro rata seiner Beteiligung bezw. „durch anderweitige Ausgleichung der Differenz" aufzukommen hätte, wirft das ROHG. Bd. 15 S. 253 bereits die oben fixierte Frage auf, ohne sie indes zu beantworten. In den späteren Entscheidungen des ROHG. wie des RG. wird dann stets und mit Recht angenommen, dass der Konsortialleiter nicht unter dem Konsortialkurse veräussern darf. Sydow (S. 451; ähnlich Grzimek S. 56, 57) begründet die gleiche Ansicht damit, dass die Unterbringung zu einem Minimalpreise immer gelingen dürfte. Dabei übersieht er, dass auch der Begriff eines Minimalpreises komporationsfähig ist; daher bleibt immer noch die Frage offen, ob es für den Konsorten nicht besser ist, einen kleinen Kursverlust in Kauf zu nehmen, als im Sinken begriffene Wertpapiere abzunehmen. Vielleicht; gleichwohl kann dem Leiter das Recht, die Papiere unter dem Konsortialkurse zu verkaufen, deshalb nicht zugestanden werden, auch nicht bei Gefahr im Verzuge (§ 713 mit § 665), weil es sich um Gegenstände handelt, deren Kurswert von unberechenbaren Faktoren beeinflusst wird, und es willkürlich ist, in die Spekulationen eines anderen einzugreifen.

cc) Der aleatorische Charakter des Konsortialvertrages und die sich hieraus ergebenden Folgerungen.

Die gleichen Faktoren beeinflussen selbstverständlich auch das Begebungsgeschäft und machen den Konsortialvertrag zum aleatorischen (vgl. Sydow S. 440 Anm. 9, Grzimek S. 45). Aus dieser seiner Natur folgt, dass den wenigen feststehenden Faktoren, mit denen gerechnet werden kann, eine ausserordentlich hohe Bedeutung zukommt. Als solche sind vor allem zu nennen: der Betrag der vom Konsortialleiter zu emittierenden Papiere, der Betrag der in anderen Händen befindlichen Papiere,

der Emissionskurs und bei einem Aktienunternehmen der ungestörte Betrieb. Die Folge ist, dass ein erheblicher Irrtum über diese Faktoren leicht eine Anfechtung rechtfertigen wird. Eine weitere Folge ist die, dass ihre nachträgliche Veränderung, sofern nicht von vornherein damit gerechnet werden musste, meist dem Konsortialleiter die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich machen wird. (Ebenso Sydow S. 454 und Grzimek S. 46, 47.) Darüber des näheren später.

dd) Das Erfordernis der Bestimmtheit bezw. Bestimmbarkeit des Konsortialvertrages und seine Auslegung im Sinne dieses Erfordernisses.

Wie jede Obligation fordert auch der Konsortialvertrag Bestimmtheit bezw. Bestimmbarkeit der gegenseitigen Leistungen; ihr Ob und Wie darf nicht vom Belieben eines Sozius abhängen (vgl. Sydow S. 445 fg.). Andererseits ist anzunehmen, dass die Kontrahenten sich auch gar nicht dem Belieben eines Sozius anheimgeben wollen; daher ist einer scheinbar widersprechenden Vereinbarung, wenn möglich, ein objektiver Inhalt zu geben. So will die Bindung des Konsorten „auf unbestimmte Zeit" die Bestimmung des Auflösungstermins nicht in die Willkür, sondern lediglich in das billige Ermessen des Konsortialleiters stellen (vgl. ROHG. Bd. 17 S. 393). So kann ferner die in Konsortialverträgen früher sehr häufige, heute seltenere Klausel: „Vorbehaltlich Reduktion" nicht bedeuten, dass der Konsortialleiter die Höhe der Beteiligung des Konsorten nach dem Gelingen oder Misslingen der Begebung einrichten kann. Mit dieser Klausel hat es folgende Bewandtnis: Oft sieht sich der Uebernehmer genötigt, mit mehreren Banken zugleich in Verbindung zu treten, weil es gilt, eine günstige Konjunktur auszunützen und daher ein schleuniges Handeln geboten ist. Oft wird er durch Vorverträge mit anderen Banken gebunden sein des Inhalts, dass diese sich verpflichtet haben, ihm bei einer Submission keine Konkurrenz zu machen, der Uebernehmer ihnen dafür aber eine Kon-

sortialbeteiligung einräumen muss. Zuweilen wird er sich auch durch die blosse Rücksicht auf freundschaftliche Geschäftsbeziehungen gebunden fühlen. In allen diesen Fällen gewährt er zwar eine Konsortialbeteiligung in bestimmter Höhe, aber „vorbehaltlich Reduktion". Der Sinn dieser Klausel ist nach dem Vorhergesagten offenbar der, dass der Konsortialleiter grundsätzlich in Höhe der ganzen zugesagten Beteiligung verpflichtet ist, ausser wenn er nachweist, dass eine Ueberzeichnung stattgefunden hat. In diesem Falle kann eine proratarische Kürzung stattfinden, wobei man dem Konsortialleiter gestatten muss, sich selbst, etwa in Höhe des Durchschnitts der gewährten Konsortialbeteiligungen zu berücksichtigen (vgl. Sydow S. 448 fg., ROHG. Bd. 13 S. 307, Laskau S. 32, Grzimek S. 45).

ee) Wiederkehrende Vertragsvereinbarungen.

Von den übrigen Vertragsvereinbarungen ist besonders hervorzuheben die, wonach ein besonderer, vom Uebernahmekurs verschiedener Ueberlassungskurs als Konsortialkurs festgesetzt wird. v. Ziegler (S. 27) findet in einer solchen Vereinbarung „unter Umständen einen Widerspruch gegen das Wesen des Konsortiums", und beruft sich dabei auf ROHG. Bd. 15 S. 249 fg. Einmal liegt aber hier der Fall besonders krass insofern, als der grösste Teil der Papiere nach einer vorherigen Vereinbarung unter den Hauptkonsorten zu einem geringeren als dem Konsortialkurse emittiert werden sollte (vgl. Grzimek S. 44 Anm. 2); zweitens aber erklärt das ROHG. selbst diesen Vertrag nicht in dem Sinne für „anfechtbar", dass er etwa als gegen die guten Sitten verstossend nichtig wäre, vielmehr gründet es darauf in Verbindung mit der Tatsache, dass dem betreffenden Unterkonsorten die Vereinbarung über den Emissionskurs nicht bekannt war, einen wesentlichen Irrtum (S. 253, 254). Es kann nach § 722 BGB. gar keinem Zweifel unterliegen, dass die Gewinn- und Verlustbeteiligung der mehreren Gesellschafter nicht gleich zu sein braucht. Richtig, aber rechtlich unbedeutsam, ist, dass die Festsetzung eines höheren

Kurses in kaufmännischen Kreisen als inkorrekt gilt (vgl. Grzimek S. 44). Ist ein besonderer Konsortialkurs nicht vereinbart, so ist der Uebernahmekurs auch für das Konsortium massgebend (§ 722 BGB.). Dieser Kurs kann zufällig auch der Parikurs sein, und ist es in ROHG. Bd. 13 S. 306 fg. deshalb, weil der Konsortialleiter für Rechnung der Gründer handelte und die Aktien von diesen zu pari übernommen wurden. Doch ist der Ausspruch des ROHG., „dass im Zweifel der Konsortialkurs der Parikurs ist" (S. 309), missverständlich, zumal wenn er wie von Ring (S. 409) ausserhalb des Zusammenhanges angeführt wird (vgl. Sydow S. 434 Anm. 4, ROHG. Bd. 13 S. 308, 309, Grzimek S. 43 insbes. Anm. 1).

Andere wiederkehrende Vereinbarungen haben zum Gegenstand die Leistung einer Anzahlung seitens des Konsorten, welche in einem Prozentsatz der Nominalbeteiligung ausgedrückt wird, oder auch die Einzahlung des in maximo geschuldeten Betrages und Wiederausschüttung der eingehenden Beträge von einer bestimmten Höhe an (v. Ziegler S. 28); die gemeinschaftliche Tragung der Spesen; die Einräumung der Befugnis an das führende Haus, in einem gewissen Umfange Kursstützungskäufe vorzunehmen; endlich die Bestimmung eines Termins, mit dem die Auflösung des Konsortiums eintreten soll. Die Spesen betreffen die Prospekte, die Provisionen für Konsortialleiter und Zeichenstellen u. a. Ihre Höhe pflegt limitiert zu werden; zuweilen wird auch ein Fixum dafür ausgesetzt, doch ist im Zweifel anzunehmen, dass die Konsorten nur zu den wirklich verbrauchten Spesen beitragen wollen (vgl. Sydow S. 459 fg.).

Typisch sind ferner, wie bereits erwähnt, die Vereinbarungen, welche das Recht der Konsorten auf Auskunftserteilung, Rechnungslegung, Kontrolle beschränken. Es hängt dies, wie ebenfalls bereits gesagt, mit dem Uebergewicht zusammen, das der geschäftsführende Gesellschafter einer Innengesellschaft hat. Der Stille Gesellschafter z. B. hat nicht wie der Gesellschafter des BGB. (§ 713 mit § 666 und § 259) ein Recht auf

detaillierte Rechnungslegung, sondern lediglich auf Mitteilung der Bilanz (vgl. Staub Bd. 1 S. 1110), das dem Gesellschafter des BGB. nach § 716 zustehende jederzeitige Kontrollrecht steht ihm nicht zu. Ist die Innengesellschaft zugleich eine Gelegenheitsgesellschaft, so kommt noch das andere Moment hinzu, dass bei einem solchen Verhältnis vorübergehender Natur kein Grund besteht, dem Gesellschafter den Einblick in Dinge zu gewähren, die über das gegenwärtige Geschäft hinaus von Bedeutung sind. Die Frage, die Sydow (S. 452) und Grzimek (S. 57) bei dieser Gelegenheit aufwerfen, ob das Recht auf Auskunftserteilung überhaupt ausgeschlossen werden kann, interessiert hier gar nicht. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, dass das führende Haus keine Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren braucht, und diese Pflicht kann sicher ausgeschlossen werden. Beim Ausschluss des Kontrollrechts und des Rechts auf Rechnungslegung sind die Erwägungen die gleichen. Insbesondere soll, was den letzten Punkt anlangt, das führende Haus nicht gehalten sein, über jeden Posten Rechenschaft zu geben, und so indirekt zur Auskunftserteilung genötigt werden. Daraus folgt, dass die Mitteilung eines rechnerischen Ergebnisses, weil sie mit diesem Gesichtspunkt nichts zu tun hat, gar nicht ausgeschlossen werden soll (vgl. ROHG. Bd. 17 S. 391, Bd. 22 S. 385). Es geht nicht an, dass, wie es in dem Falle des ROHG. Bd. 17 S. 389 fg. geschieht, das führende Haus einen Konsorten in Höhe seiner ganzen Beteiligung in Anspruch nimmt, ohne überhaupt die Behauptung aufzustellen, dass gar keine Stücke verkauft wären (S. 390). Der Konsortialleiter muss die Rechtmässigkeit seines Anspruchs wenigstens an der Hand seiner eigenen Angaben äusserlich schlüssig machen (S. 391). Besteht Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung, so nimmt der § 716 Abs. 2 einer das Kontrollrecht beschränkenden Vereinbarung ihre Verbindlichkeit, für den Ausschluss der Pflicht zur Rechnungslegung dürfte diese Bestimmung analoge Anwendung finden (vgl. Staub Bd. 1 S. 1125, Grzimek S. 59).

b) Die Kontrahenten des Konsortialvertrages.

Nachdem wir den Inhalt des Konsortialvertrages betrachtet haben, wollen wir zusehen, zwischen welchen Personen er geschlossen ist.

aa) Soviel Konsortien als Konsortialen.

Nach der von Sydow aufgestellten, vom Reichsgericht (z. B. Bd. 1 S. 81, 82) für die Innengesellschaft angenommenen Ansicht wird der Konsortialvertrag regelmässig nur zwischen dem führenden Haus und einem einzelnen Konsorten geschlossen, „soviel Konsortien, als Konsortialen" (Sydow S. 444); die einzelnen Konsorten treten in ein Gesellschaftsverhältnis nur dann, wenn sie an demselben Vertrage beteiligt sind oder wenn der Konsorte besonders in die aus bestimmten Personen bestehende Gesellschaft aufgenommen wird. Die Annahme, dass eine Vollmacht des führenden Hauses vorliege, selbständig Konsorten in die bestehende Gesellschaft aufzunehmen, weist Sydow damit zurück, dass die Gesellschafter sich schwerlich des Rechtes über die Bestimmung ihrer Mitgesellschafter hätten begeben wollen. Schwerer noch als dieses Argument wiegt aber, dass zwischen den nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern einer und derselben Innengesellschaft fast gar keine Berührungspunkte bestehen. Nach aussen wird der geschäftsführende Gesellschafter allein berechtigt und verpflichtet, etwaige Einzahlungen sind an ihn zu leisten, die Gewinn- und Verlustregulierung geht ebenfalls von ihm aus. Auch die Stille Gesellschaft kennt nur einen stillen Gesellschafter.

bb) Der Einfluss eines gesellschaftlichen Verhältnisses der Konsorten untereinander.

Gleichwohl ist ein gesellschaftliches Verhältnis zwischen mehreren Konsorten nicht völlig wirkungslos. Zum Beispiel werden sie sich bei einer Ueberzeichnung der Konsortialbeteiligungen anteilige Kürzung selbst dann gefallen lassen müssen, wenn der Vorbehalt der Reduktion dem Vertrage nicht beigefügt ist; denn hier wird „das

Recht des einen durch das gleichstehende Recht des anderen begrenzt und bedingt" (Sydow S. 449). Ferner kann hier eine Prolongation tatsächlich nur mit Einwilligung aller Konsorten erfolgen. Es genügt nicht, dass das führende Haus materiell für den ausscheidenden Konsorten eintritt; denn das Interesse beschränkt sich hier nicht darauf, dass keine Stücke frei werden, es erstreckt sich auch darauf, dass der Personenbestand des Konsortiums erhalten bleibt. Der Einwand, dass diesem bei der Innengesellschaft keine so grosse Bedeutung zukommt, ist angesichts der Tatsache, dass die Konsorten ein gesellschaftliches Verhältnis unter sich selbst für wünschenswert befunden haben, unbegründet. (Vgl. RG. Bd. 1 S. 81, 82 arg. e contrario.) Des näheren hierüber unten.

Auch gestattet ein gesellschaftliches Verhältnis der Konsorten untereinander Vereinbarungen wie die, dass ein Konsorte bezw. ein Ausschuss mit der Wahrung der Rechte der Konsorten betraut wird, oder dass eine Prolongation durch Mehrheitsbeschluss durchgesetzt werden kann. Zur gemeinsamen Wahrung der Rechte gegenüber dem Konsortialleiter genügt übrigens auch eine Organisation der Konsorten unter Ausschluss des Konsortialleiters (vgl. Grzimek S. 53).

cc) Die Rechtsverhältnisse beim Fehlen eines gesellschaftlichen Verhältnisses der Konsorten untereinander.

Besteht das Konsortium immer nur aus dem führenden Haus und je einem Konsorten, so stehen die einzelnen Konsorten in gar keiner Beziehung zu einander; der Konsortialleiter vertritt jedem Konsorten gegenüber das gesamte Restkapital, das nach Abzug der Beteiligung des Konsorten übrig bleibt, gleichgültig für wessen Rechnung (Sydow S. 444, RG. Bd. 1 S. 81, 82).

Dass der Konsortialleiter die verschiedenen Konsorten unter verschiedenen Bedingungen beteiligen kann, sowie dass, wenn diese Bedingungen einander widersprechen, der Konsortialleiter dem einen oder dem an-

deren kontraktbrüchig werden muss, bedarf kaum der Erwähnung.

c) Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Konsortiums untereinander.

Für das Verhältnis der Mitglieder des Konsortiums untereinander bleibt nur weniges zu bemerken übrig, da das, was im Konsortialvertrage geregelt ist, vorweg genommen ist. Die Mitglieder haften einander für die diligentia quam suis (§ 708 BGB.). Das führende Haus hat die Begebung zu dem vereinbarten Emissionskurse, mangels einer Vereinbarung zu einem möglichst hohen Kurse zu bewirken. Eine Grenze nach unten gibt diesfalls der Konsortialkurs, eine Grenze nach oben eine dahingehende Vereinbarung mit dem Geldnehmer (bindet natürlich auch nur diesem nicht den Konsorten gegenüber) sowie die Rücksicht, kein Misstrauen zu erregen. Das Recht, von dem Geldnehmer eine Abfindung für Bezugsrechte anzunehmen, wird man dem Konsortialleiter nur im Rahmen des § 713 mit § 665 BGB. zugestehen. Auf jeden Fall ist die Abfindungssumme den Konsorten nach Massgabe ihrer Beteiligung zuzuwenden (vgl. Bolze Bd. 19 Nr. 611, Grzimek S. 61).

d) Insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die gegenseitigen Verträge (§§ 320 fg.)

Die Anwendung der Vorschriften des BGB. über die gegenseitigen Verträge (§§ 320 fg.) macht hier keine Schwierigkeiten, da es sich um einen wirklichen Austausch von Leistungen handelt und nicht um deren Vergemeinschaftung (vgl. Knoke S. 41). Wird also die dem führenden Haus obliegende Leistung ohne Verschulden unmöglich, so wird der Konsorte nach § 323 Abs. 1 von weiteren Leistungen frei und kann schon geleistete Einzahlungen nach § 323 Abs. 3 zurückfordern. Da voraussetzlich die Gemeinsamkeit nur im Endergebnis besteht, es hier aber zu einem Endergebnis gar nicht kommt, dem

der Konsorte Geltung gegen sich beizulegen verpflichtet wäre, so treffen alle Ergebnisse des Begebungsgeschäftes, auch soweit sie vor dem Unmöglichwerden liegen, allein den Konsortialleiter. Daher braucht dieser einerseits einen bereits erzielten Gewinn nicht zu teilen, andererseits kann er weder eine Provision für seine Geschäftsführung einfordern, noch die bisher entstandenen Spesen anteilig auf den Konsorten abwälzen. Hat der Konsortialleiter die Unmöglichkeit seiner Leistung verschuldet, so greifen die Rechte aus § 325 BGB. Platz. Grzimek (S. 62) gibt dem Konsorten bei Unmöglichkeit der dem Konsortialleiter obliegenden Leistung, gleichviel ob diese verschuldet oder unverschuldet ist, regelmässig nur das Recht, das Konsortium gemäss § 723 BGB. zu kündigen. Wäre diese Konstruktion richtig, so würden, da jede Kündigung ex nunc wirkt, alle Ergebnisse des Begebungsgeschäftes, die vor der Kündigung liegen, auch den Konsorten treffen. Dies ist aber nach dem eben Gesagten unmöglich. Es finden also die Vorschriften des BGB. über die gegenseitigen Verträge (§§ 320 fg.), die Grzimek nur „unter Umständen" anwenden will, ausschliessliche Anwendung.

Dass und warum jede wesentliche Aenderung in den feststehenden Faktoren, welche den Erfolg des Emissionsgeschäftes beeinflussen, die Leistung des Konsortialleiters unmöglich macht, darüber ist bereits oben gesprochen. Liegt die Unmöglichkeit daran, dass das führende Haus die Bedingungen des Konsortialvertrages nicht einhält, z. B. einen grösseren Betrag oder zu einem niedrigeren Kurse emittiert, als vereinbart ist, so kommen noch zwei besondere Momente hinzu. Erstens das, dass die Grundlagen, welche für die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern massgebend sein sollen, sich vollkommen verschieben (vgl. Sydow S. 454). Zweitens das Moment der begrifflichen Einmaligkeit der Begebung, so dass die vertragsmässige Erfüllung schon unmöglich ist, wenn die Plazierung vertragswidrig begonnen ist (Sydow S. 453).

Auf dem Moment, das ich als Veränderung in den feststehenden Faktoren bezeichnet habe, beruhen zwei

Entscheidungen, eine vom ROHG. Bd. 17 S. 196 fg., die andere vom RG. Bd. 7 S. 100 fg.

Im ersten Falle ist das anfänglich auf 2 Millionen Tlr. projektierte Grundkapital einer Aktiengesellschaft nach Abschluss des Konsortialvertrages auf 2 Millionen 900 000 Tlr. erhöht worden. Da infolgedessen natürlich die Wahrscheinlichkeit, die vom Konsortialleiter übernommenen Aktien günstig zu begeben, bedeutend herabgemindert wurde, wurden die Konsorten von der Abnahmepflicht frei.

Im zweiten Falle geriet der Betrieb einer Aktiengesellschaft infolge Zahlungsunfähigkeit der Gründer ins Stocken, sodass die Begebung überhaupt unmöglich wurde. Natürlich wurden die Konsorten frei. Die Entscheidung bemerkt hierzu: „Die Konsortialbeteiligten übernahmen anteilig jede Gefahr in betreff der Begebungsmöglichkeit, die in den Marktverhältnissen, der Schätzung der Rentabilität (der Linie, allgemeiner:) des Unternehmens und der Geschicklichkeit der Syndikatsleiter ihren Grund hatte die Gefahr aber, dass das ganze Unternehmen ins Stocken geriet und die Begebung unmöglich wurde, haben sie mangels einer entsprechenden Festsetzung nicht übernommen". Die Unterscheidung zwischen den unberechenbaren und den feststehenden Faktoren wird also auch vom Reichsgericht gemacht.

e) Die Endigung des Konsortiums.

aa) Die Endigungsgründe.

Das Konsortium endigt mit dem Eintritt des Endtermins, wenn ein solcher festgesetzt ist, anderenfalls gemäss § 726 BGB. dann, wenn alle Wertpapiere untergebracht sind oder „zwar noch unbegebene (Aktien, allgemeiner:) Wertpapiere vorhanden sind, aber nach Lage der Sache anzunehmen ist, dass eine Plazierung mindestens zum Ueberlassungskurs nicht mehr werde bewirkt werden können" (Sydow S. 447). Ist ein Endtermin nicht vereinbart, so kann das Konsortium nicht etwa nach § 723 BGB. jederzeit gekündigt werden; denn die Fest-

setzung eines bestimmten Zweckes bildet eine hinreichende Zeitbestimmung (vgl. Planck Bd. 2 S. 758, Oertmann S. 787, Lehmann-Ring Bd. 1 S. 685, Renaud-Laband S. 239).

Fraglich kann erscheinen, ob der Tod (bezw. die Auflösung) oder der Konkurs eines Mitgliedes das Konsortium auflöst, ob also die §§ 727, 728 BGB. Anwendung zu finden haben. Hierbei ist zu beachten, dass diese Paragraphen dem Normalfall angepasst sind, dass unter den Gesellschaftern eine Vermögensgemeinschaft besteht, dass eine längere Dauer des Gesellschaftsverhältnisses vorgesehen ist, und dass alle Gesellschafter Anteil an der Geschäftsführung haben. Infolge des ersten und zweiten Momentes entstehen dann so enge Beziehungen unter den Gesellschaftern, dass eine Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses nur bei Fortdauer des Personenbestandes möglich erscheint; das letzte Moment hat zur Folge, dass der Personenbestand durch den Fortfall jedes Gesellschafters verändert wird. Das zweite Moment fordert ferner dauernde Solvenz aller Gesellschafter.

Alle diese Voraussetzungen fehlen hier: eine Vermögensgemeinschaft besteht nicht; das Begebungsgeschäft ist ein einmaliges, und es gibt nur einen geschäftsführenden Gesellschafter. Die Folge ist, dass die Wirkungen des Todes und des Konkurses eines Mitgliedes nicht nach den besonderen Vorschriften der Aussengesellschaft beurteilt werden dürfen, sich vielmehr aus allgemeinen Grundsätzen ergeben müssen. Diese Konsequenz zieht für die stille Gelegenheitsgesellschaft, deren Zweck sich in einem bestimmten Geschäft erschöpft, auch Renaud-Laband (S. 237, 238). Demnach ist das Verhältnis zwischen dem Konsorten und dem Leiter analog zu behandeln dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem (vgl. § 713 BGB.): der Auftrag erlischt aber im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers, wohl aber durch den Tod des Beauftragten. Entsprechend endigt das Begebungskonsortium, das stille Gesellschaft ist, mit dem Tode des Konsortialleiters, nicht aber mit

dem Tode des Konsorten. Dieses Ergebnis ist durchaus befriedigend und findet, worauf auch Laband hinweist, seine Analogie bei der Stillen Gesellschaft, § 339 Abs. 2 (vgl. auch Lehmann-Ring Bd. 1 S. 687). Der Einfluss des Konkurses des Konsortialleiters oder des Konsorten beurteilt sich nach § 17 KO.: die Aufrechterhaltung des Konsortiums steht also im Belieben des Konkursverwalters. Auch Grzimek (S. 64, 65) kommt hinsichtlich des Einflusses des Todes oder Konkurses eines Mitgliedes auf den Fortbestand des Konsortiums zu den gleichen Ergebnissen.

Bei den „persönlichen" Auflösungsgründen ist zu unterscheiden, ob sie in der Person des Konsortialleiters oder eines Konsorten liegen; im letzteren Fall endigt nur das betreffende Konsortium, im ersteren Fall endigen sämtliche Konsortien (Sydow S. 447, 448).

bb) Die mit der Endigung entstehenden Verpflichtungen der Mitglieder des Konsortiums.

Nach der Endigung des Konsortiums hat das führende Haus den Konsorten eine mit Belegen versehene detaillierte Rechnung zu legen, bezw. bloss ein rechnungsmässiges Ergebnis mitzuteilen. Sind Stücke unbegeben geblieben, so hat sie der Konsorte pro rata seiner Beteiligung zum Konsortialkurse abzunehmen. Da es sich nicht um einen Verkauf handelt, steht dem führenden Haus bei Annahmeverzug des Konsorten der Selbsthilfeverkauf (§ 373 HGB.) nicht zu (Sydow S. 462). Handelt es sich um die Unterbringung von Primitivzeichnungen, so besteht die Verpflichtung des Konsorten darin, den nicht untergebrachten Betrag nach Massgabe seiner Beteiligung zu zeichnen. Kommt er hiermit in Verzug, so kann das führende Haus nach fruchtloser Fristsetzung selbst zeichnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 326 BGB.; vgl. RG. Bd. 43 S. 288, 289).

Die abzunehmenden Stücke sind unverzüglich zur Verfügung zu stellen; anderenfalls treten die gewöhnlichen

Verzugsfolgen ein; es kann nicht etwa lediglich aus der Eigenschaft der Papiere als Börsenpapiere auf ein Fixgeschäft geschlossen werden, wie es offenbar ROHG. Bd. 22 S. 386 tun will (vgl. Staub Bd. 2 S. 1561); richtig ist hieran nur, dass dieser Gesichtspunkt dazu beitragen kann, dem Konsorten den Beweis seines mangelnden Interesses an der verspäteten Leistung im Sinne der §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 zu erleichtern. (So auch Grzimek S. 61.)

cc) Die Voraussetzungen für eine Prolongation.

Eine Prolongation des Konsortiums über den festgesetzten Zeitpunkt hinaus kann selbstverständlich nur dann stattfinden, wenn alle mit dem führenden Haus in Verbindung stehenden Konsorten einwilligen, oder besser, wenn keiner von ihnen Realisation des mit ihm geschlossenen Konsortialvertrages verlangt (vgl. ROHG. Bd. 17 S. 207, besonders aber RG. Bd. 1 S. 81). Denn ob das Konsortium mit dem nicht einwilligenden gelöst wird, ist für die nicht mit ihm im Gesellschaftsverhältnis stehenden Konsorten ebenso gleichgültig wie die Frage, wie das Verhältnis mit ihm reguliert wird und wer materiell für ihn eintritt. Nur dürfen keine Stücke frei werden, da in diesem Fall die Grundlage, welche für die Berechnung bei der Auseinandersetzung mit den einwilligenden Konsorten massgebend sein soll, verschoben und die Aussichten für eine günstige Begebung der zurückbleibenden Papiere verschlechtert werden würden (RG. Bd. 1 S. 81, 82). Besteht also ein Konsorte auf Realisation, so wird jedes Konsortium mit dem festgesetzten Zeitpunkt aufgelöst. Eine vorher von einem Konsorten erklärte Einwilligung in die Prolongation ist belanglos. Teilt ihm der Konsortialleiter die Verweigerung der Prolongation seitens eines Konsorten nicht unverzüglich mit, so kommt er selbstverständlich auch mit der Verpflichtung, ihm die abzunehmenden Stücke zur Verfügung zu stellen, in Verzug.

f) Die Rechtsverhältnisse des Konsortiums nach aussen.

Nach aussen wird der Konsortialleiter allein berechtigt und verpflichtet, gleichgültig ob der dritte Kontrahent das Vorhandensein des Konsortiums kennt oder nicht. Hieran ändert sich auch nichts, wenn der Konsortialleiter ausdrücklich „für das Konsortium", „für Rechnung des Konsortiums" oder sogar „im Namen des Konsortiums" handelt (vgl. Renaud-Laband S. 230, Sydow S. 455).

Im Namen des Konsortiums vorgenommene Rechtsgeschäfte wirken deshalb nicht für und gegen die Konsorten, weil es an ihrer Vollmacht fehlt; es greifen also diesfalls die Bestimmungen des § 179 BGB. Platz. Ein Gesellschaftsvermögen gibt es nicht. Ist demnach der Konsortialleiter beim Abschluss des Konsortialvertrages bereits im Besitze der Stücke, so kann im Konsortialvertrage kein constitutum possessorium gesehen werden; erwirbt er die Stücke erst nachher, so ist er nicht gehalten, sie nach § 713 mit § 667 zu Samteigentum zu machen (vgl. Grzimek S. 50). Daher trägt er auch die Gefahr für den Untergang der Stücke. Sind Einzahlungen der Konsorten zu leisten, so sind sie in das Vermögen des Konsortialleiters zu bringen.

2. Die Aussengesellschaft.

a) Die primäre Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft.

Ist das Begebungskonsortium Aussengesellschaft, so finden die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft nicht sekundär, sondern primär Anwendung. Grund zu einer grundsätzlichen Abweichung besteht nicht; insbesondere kann man nicht mit v. Ziegler davon ausgehen, dass die Gesellschafter im Zweifel das Samteigentum zugunsten des Miteigentums nach Bruchteilen ausschliessen wollen (vgl. oben).

b) Aus der Natur des Konsortiums sich ergebende Besonderheiten.

Einzelne Besonderheiten allerdings rechtfertigen sich aus der besonderen Natur des Begebungskonsortiums. So nehmen zwar alle Konsorten an der Geschäftsführung teil, was sich in der Mitwirkung beim Erlass von Prospekten, bei der Zeichnung und Zuteilung, bei Kursstützungskäufen äussert, gleichwohl existiert auch hier ein Konsortialleiter. Dieser vermittelt den Verkehr mit dem Geldnehmer, nimmt also die Stücke in Empfang und bezahlt den Uebernahmepreis; ferner sammelt er die für die begebenen Stücke einkommenden Beträge und nimmt die Ausschüttungen vor. Zahlungen werden natürlich nicht in bar effektuiert, sondern geschehen im Wege „bankmässiger Verrechnung". Der Geldnehmer richtet sich beim Konsortialleiter ein Konto ein, von dem er nach Bedarf abhebt. Die eingehenden Zahlungen werden auf die Aktivseite des für das Konsortium geführten Kontos gebucht, während die Ausschüttungen als Passiven figurieren. (Vgl. v. Ziegler S. 26, 35.)

Als eine weitere Besonderheit möchte ich mit v. Ziegler (S. 37) und Grzimek (S. 81) annehmen, dass die Mitglieder des Konsortiums nicht verpflichtet sind, durch Kursstützungskäufe, also selbstverständlich im eigenen Namen erworbene Stücke ins Gesellschaftsvermögen einzubringen. Es ist nicht anzunehmen, dass sich das Konsortium zwecklos den doppelten Stempelkosten unterwerfen will, welche die Anschaffung durch einen Kommissionär nach § 10 Abs. 3 RStG. verursacht, da ja doch die Absicht dahin geht, die so erworbenen Stücke möglichst bald wieder zu veräussern. (Vgl. v. Ziegler S. 37.) Für das Pool aber möchte ich mit Grzimek (S. 71) annehmen, dass in Berücksichtigung der Nachgiebigkeit des § 722 (nicht auch des von Grzimek angezogenen § 706) BGB. die Höhe der Gewinn- und Verlustbeteiligung der Mitglieder nach dem Verhältnis der von den einzelnen zum Verkaufe gestellten Stückezahl zu bemessen sein wird, und dass der im übrigen auch für die

Aussengesellschaft geltende Satz, dass der Uebernahmekurs zugleich auch der Abrechnungskurs ist, wegen der möglichen Verschiedenheit der Uebernahmekurse nicht gelten kann, der Abrechnungskurs vielmehr in jedem Falle festzustellen ist.

c) Vertragliche Besonderheiten.

Dass es zu einer grundsätzlichen Abänderung der Bestimmungen des BGB. in der Richtung, dass die Gesellschafter an den Stücken Miteigentum nach Bruchteilen oder Alleineigentum erwerben sollen, auch nicht einer ausdrücklichen Willenserklärung bedarf, ist oben bereits gesagt. Wohl aber müssen hierzu in jedem einzelnen Falle besondere Anhaltspunkte gegeben sein, da sie eine stillschweigende Willenserklärung involvieren müssen. Diese werden meist in Aeusserungen einer besonders dezentralisierenden Tendenz des Uebernahme- und des Konsortialvertrages zu finden sein. — Denn einen gewissen Grad von Dezentralisation fordert schon die Aussengesellschaft überhaupt. — So findet das Reichsgericht in dem Falle des RG. Gruchot Jahrg. 48 S. 1039 fg. (im zweiten Rechtszuge Holdheims Monatsschrift 1907 S. 85 fg., auch Bankarchiv 1905/06 S. 230 fg.) in den Bestimmungen des betreffenden Uebernahmevertrages, dass die Uebernahme der Stücke durch die Banken nach dem festgesetzten prozentualen Quotenverhältnis unter Ausschluss der Solidarität erfolgen, dass ferner, soweit der Geldnehmer nicht alsbald nach Lieferung der Stücke über die fällig gewordene Valuta verfügte, Gutschrift bei den einzelnen Mitgliedern des Konsortiums nach Verhältnis der Konsortialbeteiligung erfolgen sollte (Holdheims Monatsschrift a. a. O. S. 86), — Anhaltspunkte dafür, dass den einzelnen Gesellschaftern Alleineigentum zustehen soll. Dass sie die Stücke direkt vom Geldnehmer erhalten haben, ist nicht gesagt, wohl auch nicht der Fall gewesen, da es sonst zur Begründung verwendet worden wäre. Es bleibt also nur die bedenkliche Konstruktion, den Konsortialleiter als Vertreter des Geldnehmers aufzu-

fassen, so dass in seiner Hand ein Eigentumswechsel nicht stattfindet; nach natürlicher Anschauung müsste er der Vertreter des Konsortiums sein (vgl. Grzimek S. 78). Mit dem Vorbringen des Syndikus Dr. S., dass bereits der obligatorische Vertrag auf individuelle Stücke gegangen wäre (Holdheims Monatsschrift a. a. O. S. 86), hat es demnach seine Richtigkeit; hier steht nichts im Wege, den Konsortialleiter als Vertreter der Konsorten aufzufassen. Die Erwiderung des Reichsgerichts, dass auch der Kauf einer bestimmten Menge nur der Gattung nach bestimmter Wertpapiere ein rechtsgültiges Anschaffungsgeschäft darstellt, zeigt, dass es diese Anführung völlig verkennt. — Die Ansicht Meyers (S. 127) und Grzimeks (S. 78, 79), dass in den Fällen, in denen die Mitglieder des Konsortiums je an einem Teil der Papiere Alleineigentum erwerben bezw. behalten sollen, eine besondere schuldrechtliche Verpflichtung der Mitglieder des Konsortiums festgelegt werden müsste, ihre Stücke nicht vor Beendigung des Konsortiums herauszuverlangen, ist unzutreffend. Vielmehr liegt diese schuldrechtliche Verpflichtung bereits im Konsortialvertrage, der ja in diesen Fällen gerade darauf gerichtet ist, die Papiere für den gemeinsamen Verkauf zur Verfügung zu stellen. Meyer und Grzimek erkennen selbst an, dass die Möglichkeit, die Stücke jederzeit herauszuverlangen, dem Zwecke des Konsortiums zuwiderlaufen würde.

d) Das Konsortium zum Zwecke der Begebung für fremde Rechnung.

Bei der Innengesellschaft wurde einfach der Fall unterstellt, dass das Konsortium das Begebungsgeschäft für eigene Rechnung vornahm,[1]) wovon nur eine geringe,

[1]) Bei der Unterbringung von Primitivzeichnungen äusserte sich das Handeln für eigene Rechnung allerdings nur nach der einen, hier aber allein in Betracht kommenden Richtung (vgl. Text), dass das Konsortium die Garantie für die Unterbringung übernahm; die Gewinnhoffnung war hier allerdings auf eine Provision beschränkt.

das Konsortium überhaupt nicht tangierende Modifikation die war, dass der Konsortialleiter, also nur ein Gesellschafter, für Rechnung der Gründer handelte. Der Fall, dass das ganze Konsortium kommissionsweise gegen eine Provision für den Geldnehmer auftritt, konnte dort gar nicht vorkommen. Denn ein Emissionshaus, dessen Kommissionsauftrag lediglich dahin geht, zu emittieren, nicht dahin, Konsortialverträge abzuschliessen, und das das Begebungsgeschäft allein in seinem Namen durchführen will, braucht keine Konsorten. Denn es geht weder ein Risiko ein, für das es Deckung suchen müsste, noch ist es imstande, die Absatzfähigkeit der Konsorten auszunützen. Es würde also höchstens durch Konsortialverträge eines Teiles seiner Provision verlustig gehen. (Vgl. Grzimek S. 86.) Bei der Aussengesellschaft dagegen ist des seltenen Falles, dass das Konsortium als Kommissionär des Geldnehmers gegen eine Provision handelt, wenigstens Erwähnung zu tun. Für die Gesellschaftsstruktur ist nichts zu bemerken; denn die Erscheinung, dass es hier an und für sich kein Gesellschaftsvermögen gibt, ist lediglich tatsächlicher Natur.[1]) (Vgl. Grzimek S. 86.)

3. Das Unterkonsortium.

a) Der Charakter des Unterkonsortiums als Innengesellschaft.

Der Konsorte kann die übertragbaren Elemente seiner gesellschaftlichen Rechte (§ 717 BGB.) zedieren, er kann

[1]) Die Konstruktion Meyers (S. 72 fg., S. 126 fg.), welche im Falle, dass das Emissionskonsortium für eigene Rechnung handelt, in der Uebernahme eine Kommission mit Selbsteintrittspflicht sieht (diese Formulierung ist selbstverständlich vermieden; vgl. aber insbesondere S. 75 Anm. 5), bedarf kaum einer Erwiderung. Die Kommission für eigene Rechnung ist eine contradictio in adjecto. Die Konstruktion ist im Interesse der Stempelfreiheit des Uebernahmevertrages aufgestellt — besteuert wird dann nur der nicht untergebrachte Betrag — und soll beweisen, dass der Uebernahmevertrag kein unbedingtes An-

aber auch auf seinen Gesellschaftsanteil neue Gesellschaften, sogenannte Unterkonsortien, eingehen. Das Unterkonsortium ist fast ausnahmslos Innengesellschaft zwischen zwei Personen, dem hier die Stelle des Konsortialleiters vertretenden Hauptkonsorten und einem Unterkonsorten (vgl. Grzimek S. 88); denn es fehlt natürlich an jeder Geschäftsführungsbefugnis der Unterkonsorten, mithin auch an jeglichen Berührungspunkten unter diesen.

b) Einige Besonderheiten des Unterkonsortiums.

Noch mehr wie bei dem als Innengesellschaft gestalteten Hauptkonsortium gilt hier der Grundsatz, dass gemeinschaftlich nur das Ergebnis eines gewissen Geschäftes ist (vgl. Wolff-Birkenbihl S. 113). Nur ist dieses Geschäft hier natürlich nicht unmittelbar das Begebungsgeschäft, sondern der Hauptkonsortialvertrag. Hieraus ergibt sich einmal ein noch grösseres Uebergewicht des Hauptkonsorten. — Dass gleichwohl der Unterkonsorte zumeist „consortialiter", d. h. zu dem für den Hauptkonsorten massgebenden Konsortialkurse beteiligt wird (v. Ziegler S. 27), liegt ausser in Rücksichten geschäftlicher Kulanz daran, dass meistens auch der Leiter des Hauptkonsortiums bei der Emission bis auf diesen Kurs herabgehen kann. — Ferner ergibt sich aber hieraus, dass der Hauptkonsorte verpflichtet ist, seine Rechte gegen den Konsortialleiter zu wahren. Daher kann der Unterkonsorte dem Hauptkonsorten alle Einreden entgegensetzen, die dieser dem Konsortialleiter entgegenzusetzen imstande war, und zwar tatsächlich, nicht nur juristisch imstande war. Das verkennt das ROHG. Bd. 17 S. 203, 204, indem es den Unterkonsorten von der Abnahmepflicht schlechthin dann befreit, wenn der Haupt-

schaffungsgeschäft ist. Der Beweis dafür, dass er auch kein bedingtes Anschaffungsgeschäft im Sinne des § 10 RStG. darstellt, ist noch merkwürdiger: er stützt sich nämlich darauf, dass eventuell der vollständige Absatz der Papiere gelingen könnte (S. 74). In der Ungewissheit ihres Eintritts besteht ja gerade das Wesen per Bedingung.

konsorte zur Abnahme nicht verpflichtet war. Es ist vielmehr mit dem RG. Bd. 1 S. 76 fg. davon auszugehen, dass der Hauptkonsorte das gesamte Risiko, auch soweit es auf tatsächlichen Gründen beruht, anteilig von sich abwälzen wollte. Diese Berücksichtigung tatsächlicher Verhältnisse findet sich aber nur im Inhalt des Unterkonsortialvertrages, nicht auch, wie das RG. Bd. 1 S. 76 zum Beweise der Wesensgleichheit der beiden Verträge dartun will, im Inhalt des Konsortialvertrages. Es ist nicht richtig, dass bei Ausschluss der Rechnungslegungspflicht des Leiters die Verpflichtung des Konsorten darin bestand, „das vom Syndikate mitgeteilte Ergebnis zu akzeptieren und danach das Erforderliche zu leisten, sofern er nicht in der Lage war, einen Widerspruch durch besondere Einwendungen zu begründen" (S. 80); war das mitgeteilte Ergebnis unrichtig, so war der Konsorte hierzu nicht verpflichtet. Ich halte diese Konstruktion aber auch für überflüssig; denn wenn es auch richtig ist, dass der Unterkonsortialvertrag über die Ergebnisse des Hauptvertrages eingegangen wird, so rechtfertigen sich doch gewisse Abweichungen aus der logischen (nicht notwendig: zeitlichen) Aufeinanderfolge der Verträge; hieran ändert sich auch nichts, wenn, wie es häufig geschieht, der Unterkonsorte ausdrücklich zu Originalbedingungen beteiligt wird. —

Hat also der Hauptkonsorte ohne Verletzung der diligentia quam suis abgenommen, so kann er auch von den Unterkonsorten Abnahme verlangen, ist aber verpflichtet, ihnen die ihm gegen den Konsortialleiter zustehenden Rechte nach Massgabe ihrer Beteiligung abzutreten (RG. Bd. 1 S. 80).

Nach Beendigung des Hauptkonsortiums hat der Hauptkonsorte die Rechnung des führenden Hauses an die Unterkonsorten weiterzugeben (Bolze Bd. 18 Nr. 179), aber mangels einer anderen Bestimmung des Konsortialvertrages nur im Schlussresultat. Das folgt aus seiner Pflicht zur Verschwiegenheit (Knoke S. 41). Also auch hier eine gewisse Abweichung vom Konsortialvertrage, die

ohne weiteres angenommen werden muss. Zur Substantiierung der Ansprüche des Hauptkonsorten gehört auch die Behauptung, dass er selbst eine, der dem Unterkonsorten mitgeteilten entsprechende, Abrechnung vom Konsortialleiter empfangen habe (vgl. ROHG. Bd. 22 S. 387).

c) Die Bildung von Unterkonsortien seitens der Unterkonsorten.

Natürlich kann der Unterkonsorte seinerseits auch wieder Unterkonsortien bilden. Hier hat bei der Rechnungslegung der Unterkonsorte auch mitzuteilen, von wem er seine Beteiligung hat, falls dieser Punkt im Vertrage offen gelassen worden ist (vgl. ROHG. Bd. 22 S 387).

Schluss.

Die Stempelpflicht.

Zum Schlusse auch die Stempelfrage zu erörtern, halte ich deshalb für wichtig, weil die Rechtsnatur der Begebungskonsortien gerade anlässlich dieser Frage des öfteren streitig geworden ist.

1. Die Verstempelung der Konsortialverträge.

Nach der Praxis des Reichsgerichts werden Konsortialverträge über die Begebung nach Tarifstelle 4a RStG. stempelpflichtiger Wertpapiere als bedingte Anschaffungsgeschäfte im Sinne des § 10 RStG. versteuert (RG. Bd. 21 S. 65 fg.). Eine Ausnahme gilt für die vor dem Uebernahmevertrag mit dem Geldnehmer geschlossenen Konsortialverträge; hier fehle es daran, dass „sich nicht mehrere Personen gegenüberstehen, von welchen die eine erwerben, die andere verschaffen soll“ (RG. Bd. 26 S. 51).

2. Die Verstempelung der Verteilung der Restbestände.

Die Verteilung der Restbestände an die Konsorten besteuerte es vor 1900 zu Recht deshalb nicht, weil es

sich hier nur um die Erfüllung des Gesellschaftsvertrages, nicht um ein selbständiges Geschäft handelt (RG. Bd. 26 S. 52). Versteuert wird nämlich der obligatorische Vertrag und nicht seine dingliche Erfüllung. Gleichwohl ergingen nach 1900 zwei grundlegende Entscheidungen des Reichsgerichts (RG. Bd. 56 S. 206 fg., Gruchot Jahrg. 48 S. 1039 fg.), welche die Verteilung der Restbestände versteuern. RG. Gruchot erklärt diese Abweichung gegenüber dem früheren Rechte aus den veränderten Eigentumsverhältnissen (S. 1042, 1043). Gedacht ist hierbei offenbar, da es sich lediglich um eine Parallele zu der Gesamthandsgesellschaft des BGB., also die gewöhnliche Gesellschaft des gemeinen Rechtes handelt, an ein latentes Alleineigentum schon während des als vorübergehend vorgestellten Stadiums, in dem die Stücke noch im Miteigentum der Gesellschafter stehen. Auch v. Ziegler (S. 29, 33) fasst die Ausführungen des Reichsgerichts so auf. Der Zweck dieser eigenartigen Konstruktion ist, darzutun, dass nach altem Recht in der Zuteilung der Restbestände kein Eigentumswechsel zu erblicken war, wie denn die beiden zitierten Entscheidungen überhaupt unrichtiger Weise nur auf dieses Moment sehen.

Liegt also vor der Auseinandersetzung Samteigentum vor, so findet ein völliger Eigentumswechsel statt, und es ist der ganze Abnahmepreis zu versteuern (RG. Bd. 56 S. 211, Gruchot a. a. O. S. 1046); liegt vorher Eigentum nach Bruchteilen vor, so findet ein Eigentumswechsel nur in Höhe der dem Konsorten noch nicht zustehenden Quoten statt, und es ist nur ein entsprechend geringerer Teil des Abnahmepreises zu versteuern (Gruchot a. a. O. S. 1043). Diesen Standpunkt teilt auch die Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen 1905 S. 219.[1])

[1]) Die Ansicht, dass auch bei Miteigentum nach Bruchteilen in der Verteilung der Restbestände ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft liegt, erhellt nur aus den letzten Sätzen des Aufsatzes; die Unklarheit des Vorhergehenden beruht auf der missbräuchlichen Verwendung des Ausdrucks „Miteigentum“ für Alleineigentum, einer Ver-

v. Ziegler geht davon aus, dass der Konsortialvertrag stets zu versteuern ist (Selbstbericht in Neumanns Jahrbuch Jahrg. 6 S. 265). Dagegen will er dartun, dass die Verteilung der Restbestände nie zu versteuern ist, und begründet das für den Fall, dass vorher Alleineigentum eines oder der sämtlichen Konsorten vorlag, durchaus richtig damit, dass hierin nur die Erfüllung des Konsortialvertrages liegt. Merkwürdiger Weise folgt er für den Fall, dass eine Gemeinschaft in Ansehung der Stücke besteht, dem Gedankengang des Reichsgerichts, sucht also zu beweisen, dass kein Samteigentum, sondern Miteigentum nach Bruchteilen besteht: auf diese Weise vermindert sich der Umfang der Eigentumsänderung. Da er damit natürlich in Höhe der gleichwohl vor sich gehenden Eigentumsänderung nicht auskommt, so begibt er sich auf den richtigen Weg und sucht ihren obligatorischen Ausgangspunkt, findet ihn aber in dem „obligatorischen Inhalt der Gemeinschaft" (S. 33). Diese Konstruktion würde an und für sich in Widerspruch stehen mit der Ansicht, dass der Konsortialvertrag versteuert werden muss; denn dieser wäre dann ein Anschaffungsgeschäft, dem überhaupt keine Erfüllung folgt. Darum stellt v. Ziegler in dem Selbstbericht — etwas undeutlich zwar — den Erwerb des Miteigentums als Erfüllung des Konsortialvertrages hin. An dieser Stelle lässt sich am besten der logische Fehler nachweisen; denn nach v. Zieglers Konstruktion liegen dem Erwerbe des Miteigentums zwei stempelpflichtige Anschaffungsgeschäfte zugrunde, der Konsortialvertrag und der Uebernahmevertrag. Das ist aber unmöglich.

Die beiden Entscheidungen des Reichsgerichts erklären sich wohl daraus, dass ein praktisches Bedürfnis entsteht, die vor dem Uebernahmevertrage geschlossenen Konsortialverträge (bei denen vielleicht weder der Umfang noch der Preis der Anschaffung feststeht) nicht zu

wendung, die wohl in den Ausführungen des RG. Gruchot Jahrg. 48 S. 1044 ihren Ursprung hat.

versteuern, dagegen ein logisches, auf dem Wege vom Geldnehmer zu den Konsorten eine zweimalige Versteuerung eintreten zu lassen. Ausserdem ist nicht zu verkennen, dass die Besteuerung der Auseinandersetzung dem wirtschaftlichen Endeffekt des Geschäfts gleichkommt, während die strenge Durchführung formal-juristischer Grundsätze dazu führt, der Besteuerung einen Betrag zugrunde zu legen, dem nur das völlige Misslingen der Begebung, also die unwahrscheinliche Eventualität, entspricht.[1])

Der Erwerb von Stücken seitens eines Konsorten auf Grund eigener Zeichnung unterliegt natürlich stets dem Anschaffungsstempel, ausser wenn der Konsorte bereits Alleineigentum daran hatte; denn diesem Erwerbe liegt ein Kauf, kein Gesellschaftsvertrag zugrunde.

---

[1]) Von dieser Seite betrachtet erhält auch die von Meyer aufgestellte Konstruktion des Uebernahmevertrages ein ganz anderes Aussehen.

Lebenslauf.

Geboren am 27. Februar 1888 zu Glogau als Sohn des Kaufmanns Max Fürth und seiner Ehefrau Bertha geb. Tikotin, erhielt ich meine Gymnasialbildung von Ostern 1897 ab auf dem Königlichen Katholischen Gymnasium zu Glogau, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München, Berlin und Breslau. Am 12. Juli 1909 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 8. Mai 1910 das examen rigorosum.

Am 18. August 1909 begann ich meinen Vorbereitungsdienst bei dem Königlichen Amtsgericht in Steinau a/O. Zur Zeit bin ich bei dem Königlichen Landgericht in Glogau beschäftigt.

Herrn Professor Dr. Herbert Meyer sage ich für seine Unterstützung meinen ergebenen Dank.